REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

Medio de Control	:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**Luis Alejandro Pineda Rodríguez**
Demandado	:	**Municipio de San Miguel de Sema**
Expediente	:	**150012331000-2001-02620-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniégas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida el 30 de abril de 2014 por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA. El señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez mediante apoderado judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el municipio de San Miguel de Sema para que se acojan las siguientes pretensiones:

2. PRETENSIONES. Se declare la nulidad de la Resolución No. 020 del 30 de mayo de 2001 mediante la cual el Alcalde Municipal de San Miguel de Sema declaró insubsistente el nombramiento del señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez en el cargo de conductor de la ambulancia del municipio y del Oficio del 3 de agosto de 2001 suscrito por el Alcalde Municipal de San Miguel de Sema, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes la Resolución No. 20 del 30 de mayo de 2001.

Pide que a título de restablecimiento del derecho se condene a la parte demandada a reintegrar o restablecer al actor al cargo del cual fue ilegalmente removido o a uno de igual o superior categoría.

Que se condene al demandado a pagar la totalidad de salarios, primas, subsidios, bonificaciones, sobresueldos salariales y demás prestaciones dejados de devengar desde el día de su retiro del cargo hasta la fecha en que se reintegre en cumplimiento del fallo que así lo ordene; que se declare que durante el lapso que se refiere la pretensión anterior no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del actor, para todos los efectos legales y prestacionales.

Que sobre las sumas que resulte condenado a pagar al actor, reconozca y pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al consumidor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del CCA; que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que el actor fue vinculado por orden de prestación de servicios como conductor de ambulancia el 1 de enero de 1999; que el actor fue nombrado provisionalmente como conductor Grado 06, Código 620 a través de la Resolución No. 01 de 3 de enero de 2000, cargo que continúo desempeñando hasta el mes de julio de 2001.

Que el 30 de mayo de 2001 el alcalde del municipio de San Miguel de Sema, termina el nombramiento del señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez, mediante Resolución No. 20 del 30 de mayo de 2001, la cual rigió a partir del 1 de julio de 2001.

Indica el líbelo que el demandante mediante escrito del 13 de julio de 2001 interpuso recurso de reposición contra dicha decisión, la cual fue confirmada el 3 de agosto de 2001 agotando así la vía gubernativa.

Normas violadas y concepto de violación

Señala como violados los artículos 2º, 25, 29, 42, 48, 53, 125,130, 209 de la Constitución Política.

Indica la demanda que se presenta vulneración, toda vez que el acto administrativo demandado no protegió al actor, sino muy por el contrario desconoció sus derechos emanados del nombramiento provisional, sin que se efectuara el proceso de selección; que la autoridad nominadora vulneró su permanencia en el cargo hasta el concurso.

Señala que hubo desviación o abuso de poder al terminar la vinculación laboral del señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez de manera ilegal, desconociendo los deberes sociales del estado de los ciudadanos.

Sostiene que el demandante tenía una serie intención de participar en el proceso de selección y su experiencia le daba importantes puntos en el concurso, además de sus excelentes evaluaciones de desempeño, sin embargo la entidad demandada en unos actos que brillan por su desvío de poder y en falsa motivación, terminan de un tajo con sus derechos y garantías que de manera temporal como su nombre lo indica le hace permanecer en el cargo provisionalmente.

Manifiesta que los actos demandados y especialmente, la terminación del nombramiento provisional que de manera legítima mantenía al demandante en el cargo hasta el concurso como mínimo, lesionan normas vigentes del ordenamiento Colombiano, pero de manera muy especial el debido proceso, de rango Constitucional e incluso norma contenida en los pactos internacionales suscritos por el Estado Colombiano.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada ante esta Corporación el 8 de febrero de 2002, quien mediante auto de 13 de febrero de 2002 resolvió admitirla, de ahí que ordenó notificar al Alcalde Municipal de San Miguel de Sema y al Agente del Ministerio Público.

A folios 43 a 48 obra escrito de contestación de la demanda presentado por el apoderado del municipio de San Miguel de Sema, quien se opuso a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Que la estabilidad en el empleo la adquieren los servidores públicos en la medida en que el ingreso obedezca al mecanismo del concurso; que al no haber precedido concurso para la provisión del cargo, se apeló a lo previsto en el artículo 8º de la Ley 443 de 1998, el cual ha dejado claro en el párrafo cuarto, que "**los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito**".

Presentó como excepciones las denominadas "FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA", "CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA" y PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO DE INSUBSISTENCIA"

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja, declaró no probadas las excepciones propuestas por el ente demandado y denegó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez contra el municipio de San Miguel de Sema.

En primer lugar señala que los empleos públicos son de carrera salvo las excepciones establecidas en la ley, por esta razón no puede asumirse bajo el mismo rasero el nombramiento del servidor que ingresa al servicio sin someterse previamente a concurso de méritos, que aquel que ha agotado paso a paso todas las etapas de un proceso de selección.

Sostiene que cuando el nominador se encuentre ante eventos en los que no sea posible proveer los cargos vacantes por el sistema de concurso de méritos, esto es, con personas que figuren en la lista de elegibles, o por encargo con otro empleado de carrera, el legislador le otorgó la posibilidad de hacerlo mediante nombramientos en provisionalidad, modalidad que se adopta para proveer de manera transitoria un cargo de carrera, sin embargo, este tipo de nombramiento bajo ninguna circunstancia puede equipararse al del escalafonado en la carrera administrativa, y por lo mismo, su retiro tampoco se encuentra revestido de las formalidades previstas para este último, en

consecuencia, la situación del nombrado provisionalmente viene a semejarse a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador en aras del buen servicio.

Asegura que si se encuentra en la modalidad de nombramiento en provisionalidad, no goza de fuero alguno de estabilidad porque su condición per se no le otorga esta prerrogativa, ella está reservada exclusivamente a quienes se encuentran inscritos en carrera; que aun cuando la normatividad que rige la materia tiene establecido un tiempo limitado para la designación en provisionalidad al igual que sus prórrogas, en modo alguno significa que la persona nombrada bajo esta modalidad adquiera el beneficio de estabilidad laboral durante dicho término.

Indica que para la época en que se vinculó y desvinculó al actor del servicio era procedente el retiro de los provisionales bajo la misma modalidad de los servidores de libre nombramiento y remoción, propio resulta inferir que para adoptar esta decisión en uno u otro caso, se deben seguir las pautas que rigen la discrecionalidad, facultad que no demanda en el nominador la motivación del acto.

Que se encuentra probado que el señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez se desempeñaba en provisionalidad como conductor de la ambulancia del municipio de San Miguel de Sema a partir del 3 de enero de 2000; que a través de memorando No. 002 del 3 de abril de 2000 el médico del municipio de San Miguel de Sema realizó varios llamados de atención al señor Pineda Rodríguez por cuanto éste omitió realizar el mantenimiento y adecuación de las ambulancias para el transporte de pacientes, siendo su obligación y responsabilidad.

Señala además que a través de Oficio del 27 de noviembre de 2000, el médico informó al alcalde del municipio demandado que el señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez se había ausentado sin justificación alguna del trabajo por los días 24, 25 y 26 de noviembre de 2000, dejando sin la prestación del servicio de ambulancia a los pacientes de San Miguel de Sema; que como consecuencia de ello le llamaron la

atención el 18 de marzo de 2001, en donde se le prohibió el uso del tiempo empleado para la movilización de pacientes para realizar gestiones personales.

Sostiene que de acuerdo a lo establecido en el artículo 315 numerales 1º y 3º de la Carta Política, el alcalde municipal de San Miguel de Sema estaba facultado para asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo, que ante tales facultades expidió la Resolución No. 20 del 30 de mayo de 2001 en la que resolvió declarar insubsistente al demandante por cuanto la prestación del servicio por parte de éste se estaba realizando de una forma irresponsable generando una inseguridad a los pacientes que acudían al Centro de Salud del municipio.

Señala el a quo entonces que la insubsistencia del cargo del accionante no fue arbitraria, no era imperativa su motivación, y tampoco se surtió mediante actos expedidos irregularmente por cuanto: el demandante señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez no gozaba de ningún fuero de estabilidad laboral, luego podía ser removido de su cargo en cualquier momento, que no quedo probado que su vinculación hubiera obedecido a intereses políticos, que el nominador se encontraba facultado por la Constitución Política para asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo, lo que conllevó a la declaratoria de insubsistencia del demandante toda vez que este incumplía con la labor encomendada.

Así mismo precisa que la vinculación del demandante a la administración municipal, como el retiro de la misma tuvo ocurrencia en vigencia de la Ley 443 de 1998, luego las exigencias impuestas por la Ley 909 de 2004 no resultaban imperativas para el nominador en este asunto.

Dice que los cargos de desviación de poder y falsa motivación de los actos cuestionados no quedaron probados, no obstante, está a expensas del actor la carga de la prueba, circunstancia que permite a la Resolución No. 20 del 30 de mayo de 2001 y el Oficio del 3 de agosto de 2001 seguir gozando de la presunción de legalidad.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación, con fundamento en lo siguiente:

Que el demandante ostentó un cargo público por existir el cargo en la planta de personal del municipio, y que el mismo no se encontraba para ser proveído por alguna lista de elegibles que mediante concurso se hubiese ofertado y que quien lo remplazó hubiese accedido por este medio; que el demandado se encontraba en provisionalidad, figura jurídica permitida en nuestro ordenamiento jurídico para el nombramiento de personas en cargos públicos sin que éstos accedan al concurso público para proveer dichos cargos.

Precisa que no se debe dejar de lado la posición que ha asumido la Corte Constitucional de que todo acto administrativo inclusive los de insubsistencia de trabajadores en provisionalidad deben ser motivados para evitar la discrecionalidad, subjetividad y dar verdadera aplicación al sentido del Estado Social de Derecho.

Precisa que dicha Corporación ha sido exigente en el deber de motivar los actos administrativos, es el caso de la sentencia C-054/96, en donde se dijo que la motivación "no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración".

Señala que la motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad; que es un requisito de validez más no de eficacia, pues son conceptos diferentes y con una connotación propia.

Trae a colación el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, el cual prevé que se puede declarar insubsistente al empleado en provisionalidad sin motivación pero dejando constancia del hecho y de las circunstancias que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida, para este caso nótese que no se encuentra ni motivación ni explicación de

estos hechos por el nominador y menos anotación en hoja de vida; que la provisionalidad en el Decreto 1227 de 2005 en su artículo 10 aduce que antes de cumplirse el término de duración del encargo de la prórroga o del nombramiento provisional el nominador por resolución motivada podrá darlos por terminado.

Aduce que los nombramientos provisionales solo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración mediante acto administrativo motivado; que está plenamente demostrado que el acto administrativo que desvinculó al señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez en el cargo que desempeñó, fue desde todo punto de vista ilegal pues nunca se realizó indagación para su expedición y menos se demostró el mejoramiento del servicio con la persona que entró a reemplazar al señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez.

Sostiene que no se encuentra en la hoja de vida la constancia de terminación del nombramiento, con anotación de los antecedentes del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia.

Señala que como no existió motivación del acto administrativo, ésta situación vulnera el derecho al debido proceso, y por ende el derecho a la defensa pues en el mismo no se indicó cual fue el argumento jurídico que tenía en cuenta para la declaratoria de insubsistencia.

Asegura que los argumentos jurídicos y probatorios son indicativos de la ilegalidad del acto administrativo demandado, el cual debe ser retirado del ordenamiento jurídico para evitar la conculcación de derechos de tipo Constitucional.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 16 de diciembre de 2014 se concedió para ante este Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 30 de abril de 2014 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja (fl. 183).

A través de auto de 22 de abril de 2015 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fl. 189).

Y a través de proveído de 13 de mayo de 2015 se puso el expediente a disposición de las partes por el término de diez (10) para presentar alegatos de conclusión, oportunidad que aprovechó la entidad demandada.

El apoderado del municipio de San Miguel de Sema señaló que la parte actora no demostró los cargos formulados contra los actos administrativos demandados, esto es, contra la Resolución No. 020 de 30 de mayo de 2001 y contra el acto administrativo del 3 de agosto de 2001, máxime cuando ni siquiera es clara en señalar las causas de nulidad que se invocan como requisito sine qua non de toda demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se impetre, tan solo se señala como violado el derecho al debido proceso.

Que en materia contenciosa administrativa la carga de la prueba está en manos de quien impetra la demanda, pues en tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho propiamente dicha, los actos administrativos que se pretenden sean declarados nulos gozan de una presunción de legalidad que debe ser derrumbada o desvirtuada por quien crea lo contrario, y si no se aportan los elementos de juicio que lo hagan difícilmente puede ser declarada su nulidad.

Precisó que la parte actora al interponer el recurso de apelación contra la sentencia de 30 de abril de 2014 centra sus argumentos y sus esfuerzos en señalar que el acto administrativo que declaró la insubsistencia en el nombramiento en provisionalidad del señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez no fue motivado, lo cual generó que se violara el debido proceso y por tanto, se debía declarar la nulidad del mismo con el correspondiente restablecimiento del derecho, trayendo para ello a colación lo estatuido en sentencia proferida por la Corte Constitucional.

Señaló la parte demandada que en el acto de declaratoria de insubsistencia pese a no requerirse motivación alguna, se dejó constancia de los motivos que llevaron a la misma; que la decisión fue adoptada de manera legal y ante todo para asegurar el

cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del municipio de San Miguel de Sema conforme faculta a los alcaldes municipales el artículo 315 de la Constitución Política.

Por último solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

VII. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer del asunto en segunda instancia.

2. Problema jurídico

Debe establecer este Tribunal si se encuentra ajustada a derecho la decisión del Alcalde Municipal de San Miguel de Sema, al declarar insubsistente el nombramiento del señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez, quien se desempeñaba como conductor de la ambulancia de dicha entidad.

Para lo anterior es preciso determinar la legalidad de la Resolución No. 20 del 30 de mayo de 2001 expedida por el Alcalde del municipio de San Miguel de Sema, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez, quien se desempeñaba como conductor Código 620, Grado 06, nivel operativo.

3. De lo probado en el proceso

Se tiene que el actor prestó sus servicios como Conductor Código 620, Grado 06 en el municipio de San Miguel de Sema, nombrado en provisionalidad (fls. 3 a 5).

Mediante Resolución No. 20 del 30 de mayo de 2001[1], el Alcalde Municipal declaró insubsistente el nombramiento provisional efectuado al actor, en el cargo de Conductor Código 620, Grado 06 de la planta de personal del municipio de San Miguel de Sema.

4. Sobre la obligación de motivar los actos de insubsistencia de un nombramiento realizado en provisionalidad

Uno de los cargos sustentados en el recurso de apelación formulado por la parte actora hace referencia a la falta de motivación.

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha establecido la necesidad de motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ejercen en provisionalidad un cargo de carrera administrativa. A manera de ejemplo se cita la sentencia 007 del 2008, en la cual además, se hace alusión a la diferencia que existe entre la declaratoria de insubsistencia del empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, y la de un empleado de libre nombramiento y remoción:

> "… la Legislación prevé que en ciertos casos no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al "tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador[2]." Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que "el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación[3]."
>
> "Bajo estas circunstancias, el nominador goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación en numerosas ocasiones que, "la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución[4]." Ha recalcado, además, que la no motivación de esos actos constituye "una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno[5]."
>
> "Cosa distinta ocurre con los cargos de carrera. Las personas que acceden a estos cargos deben reunir un conjunto de condiciones de mérito y sólo cuando demuestran que cumplen con los requisitos para acceder pueden ocupar un puesto de carrera. La provisión de estos cargos se somete, por consiguiente, a los procesos de selección y a los concursos públicos que determine la ley. De ahí, que quienes ejercen cargos de carrera gocen de mayor estabilidad y su desvinculación únicamente proceda por razones

[1] Folios 8 a 10
[2] Así lo expresó en la sentencias C-514 de 1994, en la SU 250 de 1998 y en la sentencia C-292 de 2001.
[3] Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.
[4] Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005.
[5] Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003.

disciplinarias, por calificación insatisfactoria de labores o por otra causal previamente determinada por la Ley[6]. La Legislación exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa deba ser motivado.

"La legislación ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan vacancias definitivas o temporales "mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal"7. En numerosas ocasiones[8] y recientemente en la sentencia T- 222 de 2005 la Corte Constitucional ha dicho que:

"(…) pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción. En tal sentido esta Corporación ha reiterado que 'el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello". Así pues, ha precisado que procede la desvinculación como consecuencia de una falta disciplinaria o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar[9] ."

"**Los actos por medio de los cuales se desvincula a una funcionaria o a un funcionario nombrado en provisionalidad para ejercer un cargo de carrera deben ser motivados, pues, de lo contrario, se incurre en desconocimiento del derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso."**[10]

"Visto lo anterior, no cabe duda a la Sala de que la jurisprudencia reiteradísima de esta Corporación en todas sus Salas ha sostenido que el derecho al debido proceso administrativo involucra la garantía que cobija a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, de ser desvinculados mediante resolución motivada. En tal virtud este tipo de funcionarios gozan de cierta estabilidad laboral." Resaltado fuera de texto

Esta tesis ha sido reiterada en innumerables ocasiones por esa Corporación, entre ellas se destacan la Sentencia S-691 de 2011, T- 1083 de 2012 y más recientemente la sentencia T-147 de 2013, en la cual se expresó:

"La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos "cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal". Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad. La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción. **Los funcionarios**

[6] Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003 y T- 1206 de 2004.
[7] Corte Constitucional. Sentencia T- 1206 de 2004.
[8] Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002 y T-519 y T-610 de 2003.
[9] Ver sentencia T- 800 de 1998. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias T-884 de 2002 y T-610 de 2003.
[10] T-132 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

> **nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera.** Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. **En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de** motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación". Resaltado fuera de texto

Es así que la Corte Constitucional, de manera pacífica ha precisado que los actos de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad deben ser motivados, pues solo de esta manera, el afectado puede verificar si se ajusta o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado por su parte, ha definido dos posiciones frente a este tema, la primera parte de un análisis de la legislación anterior a la Ley 909 de 2004 (entre ellas el artículo 13 y 30 de la Ley 443 de 1998 y 120 del Decreto 1572 de 1998), y la segunda tiene como sustento la Ley 909 de 2004 y sus Decretos reglamentarios.

En la primera posición (Ley 443 de 1998), el empleado nombrado en provisionalidad no goza de ninguna estabilidad, pues su nombramiento y desvinculación se realiza en virtud de la facultad discrecional del nominador. En ese sentido la entidad administrativa puede desvincular a sus funcionarios sin observar ningún procedimiento previo, ni motivación expresa, al presumirse con dicho acto el mejoramiento del servicio.

En sentencia del 12 de febrero de 2004, el Consejo de Estado consideró que los empleados designados de manera provisional podían ser retirados discrecionalmente, según lo previsto en los decretos reglamentarios 1950 de 1973, artículo 107 y 1572 de 1998, artículo 7º. En efecto, el Decreto 1950 de 1973, en su artículo 107 establecía: "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados".

En consecuencia, a la luz de la Ley 443 de 1998, el retiro del servicio para los empleados provisionales, podía disponerse mediante un acto de insubsistencia que, formalmente no requería ser motivado, por tratarse del ejercicio legítimo de la facultad discrecional del nominador.

Posteriormente el régimen de carrera administrativa sufrió varias modificaciones, con el fin de resolver el caso concreto, se destacan las siguientes:

> **"LEY 909 DE 2004. ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO.** El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:
> a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
> b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
> c) <Literal INEXEQUIBLE>
> d) Por renuncia regularmente aceptada;
> e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
> f) Por invalidez absoluta;
> g) Por edad de retiro forzoso;
> h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
> i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
> j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
> k) Por orden o decisión judicial;
> l) Por supresión del empleo;
> m) Por muerte;
> n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.
> **PARÁGRAFO 1o.** <Parágrafo INEXEQUIBLE>
> **PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.**
> La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado" Resaltado fuera de texto

Por su parte el Decreto 1227 de 2005 consagró:

> "**Artículo 9°.** De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron. Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad

> establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.
>
> Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados"

En atención al cambio legislativo que sufrió el régimen de carrera administrativa con la expedición de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, el H. Consejo de Estado matizó su posición para adecuarse a la misma, es así como en sentencia del 23 de septiembre de 2010, con ponencia del H. Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, realizó un completo análisis de las normas que han regulado la función pública en Colombia, para finalmente concentrar su atención en lo establecido en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios. Se expone en esta sentencia:

> "La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO[11], de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).
>
> Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 (sic) y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos se produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.
>
> **La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos[12] de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que**

[11] De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.
[12] La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

> **su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas** (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado"[13].

Aclara el Consejo de Estado que **en vigencia de la Ley 443 de 1998, el nominador podía disponer el retiro del servicio de los empleados nombrados en provisionalidad, mediante acto administrativo que no requería ser motivado, presumiendo que fue expedido por razones del servicio público pues consideró que el ejercicio de dicha facultad discrecional no podía estar condicionado a la celebración de un concurso de méritos para proveer los cargos de carrera administrativa, so pena de desnaturalizar la esencia de la misma, en la medida en que se exige el cumplimiento de un requisito no previsto por el propio legislador**.

Sin embargo las disposiciones normativas consagradas en la Ley 909 de 2004, restringieron los nombramientos provisionales y se privilegió el encargo para proveer los empleos de carrera en espera a que se haga efectivo el proceso de selección. Por su parte, el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909, dispuso en el artículo 9 que las vacancias de los empleos de carrera pueden ser ocupadas por medio de nombramientos en provisionalidad, como situación subsidiaria al encargo dirigido a empleados inscritos en carrera, caso en el cual, solo mediante acto motivado, el nominador podía darlos por terminados. Expone la Corporación:

> "Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, **autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada**, de tal manera que, sólo mediante **acto motivado** el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional." Resaltado fuera de texto

Esta posición ha sido reiterada por la máxima Corporación, especialmente en fallos de tutela contra providencias judiciales que dejaron incólume el acto de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad a pesar de la falta de motivación. Para la H. Corporación, el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado en provisionalidad no puede expedirse en virtud de la facultad discrecional, y en consecuencia, debe ser motivado con el fin de garantizar el principio de publicidad y

[13] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE. Referencia 25000-23-25-000-2005-01341-02. No. interno 0883-2008. Actor MARIA STELLA ALBORNOZ MIRANDA.

que el destinatario cuente con algunos elementos mínimos para controvertir los actos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en caso de considerar que existe desviación de poder.

Itera que en estas circunstancias, la competencia para el retiro está reglada en las causales consagradas por la Constitución Política y en art. 41 Ley 909 de 2004, y 10 del Decreto 1227 de 2005. Enfatiza que en vigencia de la Ley 909 de 2004, el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad debe ser motivado por razones de índole constitucional que la Corte Constitucional había precisado anteriormente, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, lo contrario configura una vía de hecho por defecto sustantivo.

Destaca la Sala la sentencia de tutela del 21 de julio de 2011, que retoma el tema de la siguiente manera:

> "En observancia de lo anterior, se tiene que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, cuando se desvincula un funcionario que se encuentra desempeñando un cargo de carrera en provisionalidad, el nominador tiene la obligación de expresar las razones de su retiro, es decir, que el acto administrativo de desvinculación debe ser motivado. En el caso bajo estudio se tiene que la Resolución No. 129, mediante la que el Personero Distrital de Barranquilla declaró insubsistente al señor JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA, fue dictada el 3 de junio de 2005, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, lo que quiere significar que el Tribunal accionado debió aplicar la mencionada ley al estudiar la legalidad de la resolución de desvinculación. Sin embargo, en el fallo dictado el 2 de febrero por el Tribunal Administrativo del Atlántico se afirmó que "…la resolución No. 129 del 3 de junio de 2005, fue expedida por la administración en ejercicio de la facultad discrecional con que se encuentra investida, por tratarse de un empleado nombrado en provisionalidad, que no contaba con fuero de estabilidad, y en consecuencia, podría ser desvinculado en cualquier momento, sin ninguna motivación…", por lo que resulta evidente que en dicho fallo se incurrió en indebida interpretación de la Ley 909 de 2004"[14].

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, en sentencia del 12 de abril de 2012, el H. Consejo de Estado, con ponencia del Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, mencionó lo siguiente[15]:

> "La Sala encuentra que la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, muy a pesar de que se dirige a condensar la manera como la Ley 909 de 2004 consagra el ingreso y retiro al servicio público de, entre otros, los funcionarios provisionales, concluye que por su estabilidad precaria, pueden ser retirados sin necesidad de motivación alguna, incluso, con fundamento en el Decreto 1950 de 1973. Asimismo, de manera escueta, manifiesta en la

[14] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO .Sentencia del veintiuno (21) de julio de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00769-00(AC). Actor: JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA.
[15] Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00378-00(AC).

> providencia que en gracia de discusión, de aceptarse la necesidad motivación del acto, visto su contenido literal, este se encuentra motivado en la facultad discrecional del nominador. Dicho criterio no sólo contraviene la ley vigente, Ley 909 de 2004 –a la que por mandato constitucional está sometido-, sino la jurisprudencia de unificación dictada por la Corte Constitucional y por esta Corporación, a partir de lo cual se exige la motivación adecuada del acto que retire a un provisional. Así las cosas, el entonces ad quem debió efectuar un análisis del caso concreto bajo el imperio de la ley vigente y la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo y Constitucional al respecto, empero, al no hacerlo, incurrió en vulneración del debido proceso que amerita protección constitucional"[16].

Así las cosas, a partir de la vigencia la Ley 909 de 2004 las entidades públicas están obligadas a motivar de manera expresa los actos que dispongan el retiro del servicio de los empleados nombrados en provisionalidad, así el nombramiento se haya realizado en vigencia de la ley 443 de 1998, a fin de salvaguardar el principio constitucional de igualdad, para lo cual deberán exponer las razones por las cuales se da por terminada la provisionalidad. Lo anterior encuentra su justificación en el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada ley y lo regulado en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2.005[17].

5. **Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad**

Ha sido criterio reiterado del Consejo de Estado precisar que, la situación del nombrado provisionalmente, aunque no es idéntica, tiene importantes semejanzas con la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger, en beneficio del servicio, a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función, y el retiro a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.

Bajo la línea del precedente judicial, la jurisprudencia del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, al estudiar la situación de los provisionales frente a los derechos de estabilidad laboral que reclaman por ocupar un cargo de carrera administrativa respecto del cual no se ha surtido el proceso de

[16] Sobre el mismo tema consultar las sentencia del 5 de mayo de 2011, C.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01401-01(AC); Sentencia del 16 de abril de 2012. C. P: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00398-00(AC); Sentencia del 23 de octubre de 2012. C. P: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00671-01(AC).

[17] Ver sentencias del Consejo de Estado del l 27 de enero de dos mil once. Radicación número : 25000-23-25-000-1999-05348-02(2288-08) y del doce (12) de octubre de dos mil once (2011) Radicación número: 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11)

selección, ha acogido la tesis expresada en sentencia de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), con ponencia del Doctor Tarsicio Cáceres Toro, en la que con el fin de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el efecto del nombramiento en provisionalidad en cuanto a la estabilidad en el empleo, se precisó:

> "(…)
> Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.
> (…)
> Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma "discrecional" por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente.
> (…)
> De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.
> (…)
> La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe.
>
> Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. Entonces, si quien ejerce un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio, bien puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo por la vía del concurso, nuevamente se podrá designar la persona para que lo ejerza mediante nombramiento en provisionalidad.
>
> Y, dado que esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera. De manera que, **cuando** se remueve a esta clase de personal, **sin los** requisitos que la ley **establece** para el personal de carrera, **no** puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables.
> (…).
> No es posible considerar que el acto de su remoción del empleo adolezca de INDEBIDA MOTIVACIÓN, ni que esté incurso en la causal de VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO porque, como ya se dijo, la normatividad que consagra unas circunstancias de retiro, procedimiento y recursos es para el personal de carrera.".

Se ha dicho que, si bien es cierto la clasificación de los cargos de carrera administrativa obedece a un criterio técnico que difiere de la naturaleza directiva y en

ocasiones política de los cargos de libre nombramiento y remoción, la facultad discrecional se impone al efectuar los nombramientos provisionales, en cuanto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, faculta a la administración para efectuar el nombramiento provisional, actuación administrativa en la que la discrecionalidad es el marco rector.

En este orden de ideas, a juicio de la Sala, mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria, y admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, dada la naturaleza del empleo, desatiende el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera no se condiciona a la realización del concurso de méritos, sino que opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema previa superación de las etapas que comprende el proceso selectivo, y siempre que no se obtenga calificación insatisfactoria en la prestación de los servicios (artículo 13 de la Ley 443 de 1998, 120 del Decreto 1572 de 1998 y artículo 30 de la Ley 443 de 1998).

Por estas razones, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, que si bien es cierto el nombramiento provisional es válido para los cargos clasificados como de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso, y que dicho nombramiento no procede como forma de provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, sí es posible predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales, a la luz de la Ley 443 de 1998, podía disponerse mediante acto de insubsistencia que, formalmente, por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador, no requería ser motivado, esto es, no debía expresar las causas del retiro.

6. Caso concreto

Se encuentra acreditado en el expediente que la Resolución No. 20[18] por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez data del 30 de mayo de 2001, de ahí que fue expedida en vigencia de la Ley 443 de 1998, en ese sentido, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, la entidad demandada podía desvincular a dicho funcionario sin observar ningún procedimiento previo, **ni motivación expresa**, al presumirse con dicho acto el mejoramiento del servicio.

Y es que aun cuando no era obligatorio motivar el acto administrativo que terminó la vinculación del señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez, porque como ya se indicó el mismo fue expedido en vigencia de la Ley 443 de 1998, el mismo fue fundamentado en lo siguiente: "(…) Que revisando la hoja de vida del señor LUIS ALEJANDRO PINEDA RODRÍGUEZ se encuentra que no ha desempeñado el cargo de manera responsable según consta en diferentes memorandos que reposan en su hoja de vida (…)", circunstancia ésta que puede corroborarse con los memorandos 001 de 2 de noviembre de 1999 y 002 de 3 abril de 2000 vistos a folios 128 y 129, suscritos por el médico del municipio, en los cuales se deja constancia de los llamados de atención por el incumplimiento en el ejercicio de sus funciones.

Así mismo lo deja ver el escrito que data del 27 de noviembre de 2000 visto a folio 131 suscrito por el médico del municipio de San Miguel de Sema, y dirigido al alcalde municipal, en el que dejó constar lo siguiente: "que el señor Alejandro Pineda con cargo como conductor de las ambulancias se ausentó de su sitio de trabajo durante los días 24, 25 y 26 de noviembre sin justificación alguna, teniendo en cuenta el estado en que se encuentran las ambulancias era prioridad darle solución a este inconveniente, lo cual no fue así (…)", y el llamado de atención del 18 de marzo de 2001, en el que indicó "(…) Queda totalmente prohibido el uso del tiempo empleado para la movilización de pacientes para realizar gestiones personales ya que últimamente han existido quejas al respecto por parte de los pacientes que han requerido el servicio (…)"[19].

De las pruebas antes señaladas, ninguna lleva siquiera de lejos a inferir que el retiro del demandante obedeció a otras razones diferentes a mejorar el servicio, pues se denota que los requerimientos y llamados de atención que se le hicieron al demandante

[18] Folios 8 a10
[19] Folio 132

fueron constantes, dejando ver con claridad a la Sala que el señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez no cumplía a cabalidad con sus funciones de conductor.

Se observa con asombro, que ningún esfuerzo probatorio hizo la parte actora para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que lo retiró del servicio, por el contrario existe suficientes pruebas para endilgarle al demandante descuido y negligencia en el desarrollo de las funciones que tenía a su cargo, se probó que el demandante no desempeñaba a cabalidad sus funciones conllevando con su actuar a un desmejoramiento del servicio.

De otro lado, para el caso de aquellos empleados que se encuentran vinculados bajo provisionalidad tal como era el caso del demandante señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez, **la declaración de insubsistencia encuentra sustento en el poder discrecional del agente nominador**, el cual, cabe aclarar, debe encontrar límite en los fines que la ley imponga al servicio que se presta con la provisión, y, de manera general, **la remoción de los empleados siempre deberá obedecer al mejoramiento del servicio público**.

Debe reiterar la Sala que un funcionario vinculado a un cargo gobernado por el régimen de provisionalidad, **carece de estabilidad**, **por lo que su vinculación es precaria dentro de la Función Pública**, de ahí que el agente nominador puede removerlo en cualquier momento, pues como ya se indicó la declaración de insubsistencia del señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez, encuentra fundamento en la facultad discrecional del nominador, de ahí que su desvinculación fue una decisión acertada.

Ahora, si bien es posible que los actos administrativos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional puedan ser afectados por la causal de falsa motivación, lo cierto es que, en el presente asunto, no encuentra la Sala elementos probatorios o de juicio que confirmen las aseveraciones expuestas en la causa petendi, en cuanto al móvil oculto y determinante con el cual, procedió la entidad accionada para declarar insubsistente al señor Luis Alejandro Pineda Rodríguez.

De otro lado, el recurrente dentro de las causales específicas de violación, expone que no se dejó constancia en la hoja de vida del demandante los hechos o motivos que generaron la insubsistencia, de conformidad con lo reglado en el artículo 26[20] del Decreto 2400 de 1968.

Al respecto debe decirse que la Sección Segunda del Consejo de Estado[21], ha expresado que la omisión en el hecho de dejar la constancia en la hoja de vida, puede llegar a constituir falta disciplinaria, para el funcionario que la omita, **pero dicha omisión no tiene el carácter sustancial para pretender que por esta razón el acto de insubsistencia sea nulo**, pues dicha constancia puede ser dejada con posterioridad al acto de insubsistencia.

De otra parte, considera el Tribunal, que dada la fecha en que se presentó la declaración de insubsistencia no habría lugar a compulsar copias para que se investigara la supuesta falta disciplinaria del nominador, por cuanto ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria, que conforme al artículo de la ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único, es de cinco años.

Así las cosas al no configurarse los cargos formulados en el recurso de apelación y al no haber desvirtuado la presunción de legalidad de que goza el acto administrativo impugnado, la Sala deberá confirmar la decisión del a-quo que negó las pretensiones de la demanda.

---

[20]Artículo 26, del Decreto 2400 de 1968. "El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera."

[21]Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil tres (2003), Radicación número: 25000-23-25-000-1999-0173-01(4714-01), Actor: Beatriz Libreros Caicedo, Demandado: Comisión Nacional de Televisión: "La exigencia en mención, puede ser cumplida en forma posterior a la expedición del acto de insubsistencia, y en consecuencia, es un requisito de índole formal sin la virtualidad de afectar su validez. De manera que la inobservancia en atender esta norma, a lo sumo puede llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omita, pero dado que no ostenta carácter sustancial no tiene ninguna relevancia como para pretender que por esta circunstancia la decisión sea nula.30" "Las causas o circunstancias del retiro hacen parte de la hoja de vida del funcionario para efectos de tomar en cuenta su experiencia e idoneidad en las futuras vinculaciones y por esta razón, la Sala considera que como la exigencia referida en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 no hace parte de la etapa de formación del acto, desde luego que su inobservancia no torna en ilegal la decisión"

7. Costas y agencias en derecho

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la parte demandante, en virtud a que no prosperó su recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas.

Igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la parte actora, la suma (1) S.M.M.L.V. ello en virtud con lo dispuesto en el artículo 5º del Acuerdo Nº PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja de 30 de abril de 2014, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, en virtud a que no prosperó su recurso de apelación. El a quo procederá a su liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO. Como agencias en derecho a cargo de la parte actora, la suma de un (1) S.M.M.L.V.

CUARTO. Aceptar la renuncia presentada por el abogado Nystron Javier Roncancio Muñoz, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 7´309.729 de Chiquinquirá, y T.P. No. 82.772 del C.S. de la J., como apoderado del municipio de San Miguel de Sema. La renuncia surtirá efectos cinco (5) días después de notificada esta providencia. Por

secretaría, comuníquese la aceptación de la renuncia al municipio de San Miguel de Sema.

QUINTO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

La anterior firma hace parte integrante del expediente No. 150012331000-2001-02620-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

SALA DE DECISIÓN No. 6
MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARIA ELISA MOLANO DE HUERTAS Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA Y OTROS
RADICACIÓN: 150002331000-200200949-00

I. LA ACCIÓN

Procede la Sala de Decisión No. 6 de la Corporación a emitir sentencia para resolver la demanda que ha dado origen a la acción de reparación directa de la referencia, instaurada a través de apoderado legalmente constituido por la parte actora en contra de la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, del SERVICIO TERAPIA RENAL SANTANDER LTDA y del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.P.S, para que se declaren administrativamente responsables por los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes como consecuencia de las fallas en la prestación del servicio médico-asistencial que conllevo al deceso del Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D).

II. ANTECEDENTES:

2.1. LA DEMANDA (fls. 106-124): Por conducto de apoderado judicial, los señores MARIA ELISA MOLANO DE HUERTAS, SANDRA PATRICIA HUERTAS MOLANO, MARTHA LUCÍA HUERTAS MOLANO y HERNANDO HUERTAS MOLANO, acuden ante la jurisdicción con el fin de solicitar se declare que la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, SERVICIO TERAPIA RENAL SANTANDER LTDA e INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.P.S, son administrativamente responsables por los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes, como consecuencia de las **fallas en la prestación del servicio médico-asistencial, con motivo de una cirugía para la instalación de un catéter peritoneal** realizada al Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D) y que conllevó a su muerte.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron les fueran reparados

todos los perjuicios materiales y morales, objetivados y subjetivados, actuales y futuros, que se les haya ocasionado tras la muerte del señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D) a causa de la falla en la prestación del servicio, indicando los siguientes valores:

- ✓ La suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 S.M.L.M.V), correspondiente a los perjuicios morales subjetivos o "petium doloris".
- ✓ La suma de Ocho Millones Ochocientos Mil Pesos ($8.800.000.00 M/CTE), correspondiente a los perjuicios materiales directos: daño emergente a causa de las erogaciones efectuadas por los demandantes, por concepto de gastos médico-asistenciales, quirúrgicos, medicamentos y tratamientos.
- ✓ La suma de MIL CIENTO SIETE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS ($1.107.975.000.00 M/CTE), en virtud a la indemnización futura (manifestación de lucro cesante por daño futuro).

2.2.-Hechos en que se fundamentan las pretensiones (fl. 108-113):

En síntesis, los presupuestos fácticos que sustentan la demanda indican que tras el descubrimiento de los graves padecimientos nefrológicos que aquejaban al señor NEFTALÍ HUERTAS desde el mes de junio de 2001, hallados por el especialista Dr. HERNANDO ALTAHONA en la ciudad de Bogotá D.C, el señor Huertas debió acudir al SERVICIO DE TERAPIA RENAL SANTANDER LTDA con sede en la ciudad de Tunja, por sugerencia del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, entidad a la que el causante se encontraba afiliado y que con posterioridad autorizó el tratamiento de diálisis peritoneal a cargo del Dr. ALBERTO CAICEDO.

Señaló que de la asistencia del fallecido a las hemodiálisis ordenadas y programadas por el Dr. CAICEDO, el galeno decidió que era necesaria la instalación de un catéter peritoneal, cirugía ambulatoria que se llevó a cabo el día 14 de agosto de 2001 en las instalaciones del HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA por los Drs. ALBERTO CAICEDO Y CESAR MERCADO, dentro de la intervención fue perforado el intestino grueso del paciente, por lo que se hizo necesario que se remitiera al área de urgencias para su atención, transcurrido un tiempo y tras el llamado de la jefe de enfermería la señora LUISA MARÍA MORA al Dr. CAICEDO, este solicitó la presencia del médico cirujano de turno,

Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ quien después de valorar al paciente, procedió a operarlo, manifestando que el procedimiento a realizar se debió haber impetrado de manera oportuna ya que se había dejado pasar mucho tiempo desde la perforación del intestino, pero que de igual manera realizaría la cirugía.

Refirió que posterior a la cirugía y en el transcurso de la realización de las hemodiálisis ordenadas al paciente, el día 23 de agosto de 2001 el señor Huertas le manifestó al Dr. CAICEDO que presentaba malestares relacionados con diarrea, fiebre y dolores abdominales, molestias que para el día 24 de agosto de 2001 se agudizaron por lo que el Dr. CAICEDO ordenó se le realizara al paciente una ecografía, examen que por cuenta de la familia Huertas fue practicado bajo la dirección del Dr. CARLOS BARRAGÁN LOPEZ conceptuando que: *"líquido libre en cavidad de origen a establecer(secundario a posible enfermedad peritoneal)".*

Manifestó que, bajo la atención del Dr. CAICEDO, al paciente le fue ordenado reposo en casa, y en relación a los fuertes malestares sufridos prescribió la realización de una hemodiálisis y la toma de medicamentos que coadyuvaran para el mejoramiento de las afecciones como fiebre, vómito y diarrea.

Acotó que para el 25 de agosto de 2001 a las 10:00pm, tras la grave situación del señor Huertas, su familia decide llevarlo a la sala de urgencias del Hospital San Rafael de Tunja, en donde se le realizan exámenes de laboratorio que dan como resultado que el paciente presentaba una infección, por lo que se deja en observación hasta que el médico internista lo valorara, tras dos horas de espera, la familia del paciente contactó al DR. CAICEDO, quien decide que era necesario realizar una operación ya que se estaba desarrollando un absceso en el intestino grueso, en el lugar de la perforación.

Indicó que con posterioridad el señor Huertas fue operado por el Dr. RICARDO CHILLAN, quien encontró una peritonitis muy avanzada, disponiendo mantenerlo en la unidad de cuidados intensivos del Hospital. El 28 de agosto de 2001 es nuevamente intervenido por el Dr. RODOLFO USCATEGUI, quien encontró que el paciente tenía dos perforaciones en el intestino, y que de una se estaba escapando desde hace días materia fecal al exterior del organismo, por lo que al terminar decidió dejar el abdomen abierto, debido a que se le tenía que hacer un lavado cada tercer día, para que la infección cediera.

Consideró que los medicamentos que necesitaba el señor Huertas para su tratamiento eran costeados por su familia, se solicitó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES que **autorizara el suministro** de estos medicamentos y que se corriera con los gastos médicos, a lo que la entidad respondió que estas necesidades serían suplidas siempre y cuando el señor Huertas estuviera internado en una Clínica del I.S.S.

Arguyó que un momento de estabilidad presentado por el señor Huertas, se pensó en trasladarlo del Hospital San Rafael de Tunja a la CLÍNICA SAN PEDRO CLAVER de Bogotá, para lo que era necesario enviar la carta remisoria por parte del médico encargado de cuidados intensivos del hospital, la Dra. LILIANA GUTIERREZ, carta que fue entregada al Dr. CAICEDO, hecho que causó sorpresa entre los familiares del señor Huertas, ya que esta carta nunca llegó a manos de estos y nunca fue entregada para la remisión del paciente.

Finalmente el 24 de septiembre de 2001 el señor NEFTALÍ HUERTAS fallece en la unidad de cuidados intensivos del Hospital Sam Rafael, a causa de un paro cardiaco, una falla sistémica orgánica y una sepsis abdominal.

3.- Normas violadas.

La parte demandante fundamentó la demanda con lo consagrado en los artículos 2, 6, 49, 90, 124 ss. y concordante de la Constitución Política de Colombia; Por otro lado como fundamento legal halló la Ley 153 de 1887 en sus Arts. 4, 5, 7 y 8; Arts. 2341 y 2356 ss. y concordantes del C.C; Arts. 77, 78, 86, 137, 138, 139, 206, 207, 217 y ss. del C.C.A; Decreto Ley No. 2304 de 1989 en sus Arts. 16, 24, 25, 45, 54 y ss; Ley 62 del 12 de agosto de 1993; Ley 23 de 1981; Decreto Nacional 3380 de 1981; Ley 100 de 1993.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada ante la oficina judicial de Tunja el día **15 de marzo de 2002** (fl.125vto), siendo admitida por ésta Corporación mediante auto del 24 de Julio de 2002 (fls.127-128). El proceso fue fijado en lista por 10 días (fl.144). Por auto de fecha 25 de Mayo de 2010, se abrió a pruebas el proceso (fls.383-388), y por auto del 11 de mayo de 2016, se declaró precluida la etapa probatoria, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, así como al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo(Fl.572).

3.1.- Razones de la Defensa

3.1.1.- INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES SECCIONAL BOYACÁ(Fls.145-154) Mediante apoderado, el ISS realizó la respectiva contestación en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones del demandante argumentando que el servicio prestado por la entidad fue oportuno, ya que el servicio sustancial que le correspondía como entidad prestadora del servicio de salud a sus usuarios se demostró que fue brindado al paciente en debida forma, que en ningún momento lo prestó tardíamente o de manera anómala ya que las circunstancias que rodearon la muerte del señor Huertas fueron **el alto grado de riesgo que conllevaba la enfermedad padecida por este**, de igual manera incitó a que fuera llamado en garantía al Dr. ALBERTO CAICEDO, quien por haber sido el médico tratante y quién debió haber estado ejerciendo la debida defensa de la práctica médica llevada a cabo, y que como lo reiteró la entidad en su defensa, en principio le correspondía a él probar de manera positiva la alta profesionalidad en cada una de las actividades médicas desempeñadas.

Invocó la demandada dos excepciones: la primera relacionada con la inexistencia de la causa invocada conforme a que toda la atención prestada por el ISS fue acorde y oportuna respecto a la enfermedad del paciente, por tanto la parte demandada no tuvo incidencia alguna con el hecho descrito ya que el final fatal que tuvo el paciente obedeció netamente a la enfermedad; en segundo lugar propuso una falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la entidad al prestar de manera correcta sus servicios confió el pleno desarrollo del tratamiento en manos del médico especialista, dejando entonces una carga de responsabilidad sobre el trabajo del profesional y no sobre el actuar de la entidad.

3.1.2.- E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (Fls.172-177) Centró el argumento de defensa en que la entidad no es responsable por los hechos conjugados por el demandante en tanto que como lo dijo el actor en la demanda, el fallecimiento del Señor Huertas fue causado por el hecho dañoso y única causa de perjuicio, **un hecho de un tercero**, que en este caso fue la perforación originada en el procedimiento quirúrgico y en manos del médico tratante. Expone entonces que no hay responsabilidad imputable a la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA por la muerte del señor Huertas, ya que no se dieron todos

los elementos de la falla presunta por actividad médica, debido a que no existió nexo causal entre la falla y el daño, y que en este caso fue la intervención de los médicos de la Institución que desencadenó toda la afectación a la salud del paciente.

3.1.3.- SERVICIO DE TERAPIA RENAL DE SANTANDER LTDA (Fls.314-339) El apoderado de la parte demandada, mediante escrito presentó su desacuerdo frente a cada una de las pretensiones, en cuanto a los hechos expresó que es necesario aclarar cada uno de ellos debido a que a su parecer existen diferencias entre lo realmente ocurrido y lo narrado por la parte actora, describió de esta manera el profesionalismo y el correcto desempeño de cada uno de los intervinientes en el proceso de atención del paciente, al haberle prestado la totalidad de los servicios y al haberlo hecho de manera oportuna y bajo todos los estándares legales y médicos procedimentales.

En cuanto a las excepciones citó una ausencia de responsabilidad por parte de la demandada, ya que no se dieron los elementos en los que se configuraba la responsabilidad administrativa de la entidad, teniendo como elementos la falla del servicio, el daño y el nexo causal entre estas dos; por otra parte insistió en que no se configuraba una falla de servicio médico, ya que este título de imputación se debía encuadrar en virtud a elementos como imprudencia, negligencia, impericia o violación a las normas y reglamentos médicos, elementos que no se presentaron ya que el servicio médico brindado al paciente fue prestado por un personal ampliamente capacitado conforme a la Lex Artis y de manera oportuna, eficiente, diligente y prudente.

Encontró que el nexo causal se derivaba directamente del estado de salud propio del paciente, el que impidió su mejoría, a pesar de que el personal médico hizo todo lo que estaba a su alcance para superar las complicaciones de salud presentadas.

Explicó que acaeció un **riesgo previsto, en tanto que el paciente conocía del grave padecimiento en el que se encontraba** y que tras varios días de tratamiento, los beneficios y las graves consecuencias que la cirugía conllevaría, es decir que el señor Huertas conocía de los efectos que tendría la cirugía si se presentaba alguna deficiencia y se atenía a las consecuencias, tal y como lo plasmó en la autorización que dio.

Finalmente expuso que se presentó una exoneración a la responsabilidad imputada, la cual sería la fuerza mayor, esta presentada como la circunstancia previsible a la que es imposible resistir, tal y como lo fue la perforación del intestino, que si bien era un riesgo previsible del procedimiento, su ocurrencia no se podía controlar a pesar del cuidado y experiencia con la que actuó el profesional a cargo.

3.2. Alegatos de Conclusión.

3.2.1.- El apoderado de la parte demandante reiteró los hechos en los que fundamentó la acción, al tener además como probados todos estos tras la práctica probatoria en el proceso, práctica que ayudó además a reconfirmar la falla o falta en la prestación del servicio médico asistencial que quebrantó normas superiores tales como las consagradas en el Art 2 inciso 2 de la C.P/91, y que estableció para el demandante graves daños a los que sigue esperando le sean resarcidos al declarar la responsabilidad de los demandados por falla en el servicio.(Fls.587-593)

3.2.2.- La E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, reiteró lo planteado en la contestación de la demanda, estimando que está plenamente probado que no existió falla en el servicio para poder atribuir una obligación indemnizatoria a cargo de la demandada, debido a que no fue probada la falla en el servicio, por tanto se presentó una ausencia de imputación material, en la medida en la que no se halló un comportamiento negligente, imprudente o con impericia que le pudiera haber sido atribuido a la demandada y sobre el cual se hubiera presentado un nexo causal con el daño provocado a los demandantes, con ocasión de fallecimiento del señor Huertas. Reiteró además la adecuada intervención de los médicos tratantes para con el paciente, al haber utilizado todos los medios idóneos y posibles a su alcance, sin que el resultado obtenido representara una consecuencia de los procedimientos realizados.(Fls.597-599)

3.2.3.- El SERVICIO DE TERAPIA RENAL SANTANDER LTDA. En el escrito de alegatos insistió en la tesis según la cual los elementos de la responsabilidad endilgada a la demandada no se encontraron demostrados, ya que a pesar de la complicación que se produjo en el procedimiento de implantación de catéter peritoneal, éste era un riesgo inherente al procedimiento que no podía ser controlado por el cuerpo médico y que no es atribuible a título de culpa o falla

del servicio, ya que era conocido y había sido asumido por el paciente como única alternativa disponible para acceder a un tratamiento de su enfermedad, dejando en evidencia que la falla en el servicio no fue desarrollada en ninguno de sus elementos por cuanto la enfermedad, su tratamiento y su desenlace fatal fueron predispuestos de una manera normal.(Fls.613-630).

IV. CONSIDERACIONES

Encuentra la Sala que hasta éste momento procesal no se avizora causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a proferir decisión de fondo en el presente asunto litigioso.

4.1. Determinación del Problema Jurídico:

Se contrae a determinar sí la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, el SERVICIO TERAPIA RENAL SANTANDER LTDA y/o el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.P.S, son administrativamente responsables por los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes, como consecuencia de presuntas fallas en la prestación del servicio médico-asistencial con motivo de una cirugía para la instalación de un catéter peritoneal realizada al Señor NEFTALÍ HUERTAS y que conllevó a su muerte ó si por el contrario no se estructuran los elementos del juicio para atribuir responsabilidad, por corroborarse que la prestación del servicio se ajustó a los criterios de oportunidad, calidad y pertinencia?.

4.2. Cuestión previa[1]

4.2.1. Excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva

Es de recalcar que la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado[2], ha sido apacible al considerar que la figura de la falta de legitimación en la causa se encuentra **excluida de las excepciones de fondo** que puedan formularse dentro del proceso, toda vez que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente la demanda elevada por el actor, en tanto que la

[1] Encontrándose el proceso para proferir fallo de primera instancia, la Sala, de manera previa y de acuerdo con las contestaciones y los argumentos de fondo expuestos por los sujetos procesales, en aplicación de lo previsto en el inciso segundo del artículo 164 del C.C.A.[1] procederá a abordar el estudio de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada respectivamente por los demandados.
[2] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356

legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Así las cosas y específicamente en materia de las acciones de reparación directa, cuando se otorga el derecho de acción a la persona interesada, se configura la legitimación por activa, la cual no puede condicionar el ejercicio a la demostración de la responsabilidad reclamada, precisamente porque se busca a través del debate probatorio determinar la procedencia o improcedencia de la misma.

En virtud de lo anterior, esta instancia, acogiendo los planteamientos de la jurisprudencia[3] del órgano de cierre considera no procedente declarar la falta de legitimación de la causa por pasiva en tanto no se estudie los elementos probatorios con el fondo del asunto, pues como lo ha señalado en varios pronunciamientos el Consejo de Estado[4], solo con el estudio en concreto se puede determinar si existe relación alguna con los intereses o derechos reclamados, evento en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés o derecho jurídico perjudicado o su contraparte no es el llamado a responder por los perjuicios que alega el interesado.

Aunado a que el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), de acuerdo a la documental, especialmente el contenido de la historia clínica, recibió atención médica asistencial tanto en la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, como en el SERVICIO TERAPIA RENAL SANTANDER LTDA, en calidad de usuario y afiliado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES E.P.S, por lo que solo con la corroboración probatorio que determine responsabilidad es predicable analizar la participación para estructurar la legitimación en la causa.

En relación a los demás medios exceptivos formulados y atendiendo las posiciones de la jurisprudencia se constituyen argumentos de defensa susceptibles de analizarse con el fondo del asunto.

4.3. Responsabilidad patrimonial del Estado:

---

[3] En consecuencia, cuando se alude a la legitimación en la causa de hecho por la relación procesal existente entre demandante por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva, ésta nace con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal faculta a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción y la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos y/o derechos constitutivos del litigio.
[4] SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02485-01(33571) Actor: ELSA SILVA FERNANDEZ.

4.3.1.- Fundamento Constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Como es bien sabido, el principio general de responsabilidad del Estado se encuentra previsto en el artículo 90 Superior, al establecer:

> ***"Artículo 90.*** *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*
>
> *En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."*

4.3.2.- Del Régimen de Responsabilidad aplicable

Constantemente la jurisprudencia del Consejo de Estado, en materia médico-asistencial, ha determinado que la responsabilidad del Estado puede surgir en distintos momentos y estadios de la atención. De allí que se haya precisado que todas aquellas actuaciones del servicio médico-asistencial componen el denominado ***"acto médico complejo"***, que está integrado por (i) los actos puramente médicos, **como intervenciones**, suministro de medicamentos y demás procedimientos realizados directamente dentro del proceso de atención; (ii) los actos paramédicos, que corresponden a las acciones preparatorias del acto médico (incluyendo las obligaciones de seguridad); y (iii) los actos extra médicos, que comprenden los servicios complementarios pero necesarios para adelantar la atención médica, como el alojamiento y la alimentación[5].

En tal sentido, se puede precisar que al adentrarse al juicio de responsabilidad es necesario verificar, **dependiendo de la faceta del servicio**, cuál fue el contenido obligacional[6] en el que fallo el Estado, a través de sus centros prestadores del servicio de salud púbicos. Por esa razón, en primer lugar resulta indispensable aclarar que las obligaciones de los profesionales de la salud en términos generales son de medios y no de resultado[7].

---

[5] CE 3B, 3 Oct. 2016, e05001-23-31-000-1999-02059-01(40057), R. Pazos.
[6] Henao, Juan Carlos. La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés. En Estudios De Derecho Civil, Obligaciones y Contratos, Libro de Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 Años de Rectoría. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 57-114: "(...) Para lograr determinarlo [determinar a qué está obligado el Estado], se debe partir de que 'el rasgo característico de la obligación es su objeto: deber de conducta determinada a cargo del deudor y en beneficio del acreedor, técnicamente denominado prestación'. Este último concepto debe diferenciarse del 'contenido de la obligación', a pesar 'de la íntima conexión que existe entre ellos'. En efecto, 'objeto es la materia de que se compone la obligación (y) contenido es la manera como esta materia está dispuesta, regulada en las diversas variantes que puede presentar'.La precisión es importante porque permite afirmar que el alcance de las prestaciones que el Estado debe a sus asociados, habrá de ser estudiado teniendo en cuenta el contenido de la obligación: la prestación como objeto de la obligación es el primer paso para determinar el contenido obligacional, y se complementa con un análisis más sutil de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que la prestación se debe. (...)"
[7] La jurisprudencia ha aceptado esta distinción a pesar de que un sector de la doctrina la considere artificiosa y sin efecto práctico, teniendo en cuenta que "toda obligación debe satisfacer resultados mediante el empleo de medios; no existen obligaciones de simples medios, ni obligaciones de meros resultados". A propósito, ver: Serrano Escobar, Luis Guillermo. El régimen probatorio en la responsabilidad médica. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012, pp. 28-96.

En este orden de ideas, independientemente de que al finalizar la atención no se haya logrado la curación efectiva y/o definitiva del paciente, o incluso aquel haya perdido la vida, lo **verdaderamente relevante es indagar si la prestación del servicio de salud, se prestó en forma eficiente, oportuna y de calidad, además determinar si se hizo uso de todos los mecanismos que estaban a su alcance al realizar el tratamiento para mejorar la salud del paciente, de acuerdo a la *lex artis ad hoc*** y los protocolos médicos aplicables para el caso concreto. Sobre este aspecto, el Consejo de estado se ha pronunciado como sigue:

> *"(...) Ha sido reiterada la jurisprudencia que apunta a señalar que **la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados**, lo que lleva a entender que **el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento**, procedimientos que por regla general conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance conforme a la lex artis para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho. (...)"*[8] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En consecuencia, se deriva de la naturaleza de la actividad, así la atención médica parte de la existencia de un curso causal *negativo* frente al paciente, ya sea natural o causado por agentes externos, que es la enfermedad, el cual se enfrenta a un curso causal *positivo* que se traduce en el tratamiento médico. Dicho tratamiento tiene la finalidad de anular o, por lo menos, aminorar los efectos de la patología y mejorar el estado de salud del paciente, pero no está bajo el absoluto control del galeno ya que no opera de forma *"matemática"* sino que obedece a la situación particular de cada caso, incluyendo la respuesta fisiológica particular del afectado.

En ese orden de ideas, el contenido obligacional en materia médico-asistencial se sustenta en el principio de confianza[9], la posición de garantía[10] y el fin de

---

[8] *CE 3A, 27 Ene. 2016, e20001-23-31-000-2001-01559-01(29728), H. Andrade.*
[9] *CE 3B, 29 Abr. 2015, e17001-23-31-000-1998-00667-01(25574), R. Pazos: "(...) La Sala interpreta ese derecho social [derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental] no sólo como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la lex artis; debe traducirse por tanto, en que a quien en evidentes condiciones de debilidad, derivadas de la enfermedad que lo aqueja, acude en procura del servicio, se le brinde una atención de calidad que le permita tener las mejores expectativas de recuperar la salud.*
Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe entenderse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada. (...)"
[10] *CE 3B, 15 Oct. 2015, e19001233100020030026 7-01(37.531), R. Pazos: "(...) Estima la Sala que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante, como quiera que al momento ingresar la señora Meneses al hospital San Pedro, este asumió su cuidado y custodia (...)"*

protección de la norma[11], donde el fallador debe ubicarse en el lugar en el que se encontraba el médico al momento de atender al paciente para determinar las posibilidades con que contaba, y no cuestionar el suministro o no de algún servicio sin atender esa realidad material[12].

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que uno de los principios generales del derecho es aquel que reza que *"nadie está obligado a lo imposible"*, así que resultaría ilógico y desproporcionado obligar indirectamente al médico a que sea infalible en todas las etapas del proceso de atención y que, además, tenga certeza absoluta de la efectividad de los procedimientos y medicamentos que suministre. Esta premisa también tiene sustento en la demarcación de los límites de la institución de la posición de garantía[13] e incluso en la conceptualización de la teoría de la causalidad adecuada, donde no se considera constitutiva de responsabilidad la concreción de daños a partir de cursos causales atípicos o imprevisibles en razón de la esencia de aquella, que no es otra que las reglas de la experiencia[14].

Además, bajo la posición actual del órgano de cierre de esta jurisdicción, la **carga de acreditar el incumplimiento del contenido obligacional, esto es, la falla en el servicio, radica en cabeza del demandante**[15], quien debe demostrar que la atención fue tardía, deficiente o inexistente a través de los medios probatorios autorizados por la ley, sin que exista tarifa legal al respecto; lo anterior sin restar relevancia al dictamen pericial, que aunque no puede tildarse de prueba preferente o única, por su carácter directo y científico puede llevar más adecuadamente a la convicción del Juez[16].

---

[11] *Pinzón Muñoz, Carlos Enrique. La responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, pp. 348-350: "(...) En definitiva, el criterio de fin de protección de la norma de cuidado solo cobra sentido si se interpreta de manera correcta, ex ante, el deber objetivo de cuidado. Es decir debe admitirse que la actuación dentro del rol social obliga a un comportamiento diligente y adecuado, más aun cuando se personifica a una administración pública, especial contexto que ubica en los agentes del Estado el deber de avizorar claramente la finalidad de cada una de las normas que gobiernan su relación con los administrados dentro de esa relación institucional, para así evitar activar la responsabilidad que emerge de manera diáfana cuando su comportamiento se ubica por fuera de los postulados normativos, o no consulta con sus finalidades. (...)"*

[12] *Ibíd.: "(...) dada la complejidad de los factores que inciden en la exactitud del juicio, el juez tendrá que ser en extremo cuidadoso al momento de valorar esta prueba [la de la falla] pues resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post. Por ello, la doctrina ha señalado que 'el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico'. (...)"*

[13] *CE 3C, 10 Nov. 2016, e76001-23-31-000-2003-00707-01(33870), J. Santofimio: "(...) el núcleo de la imputación [con fundamento en la posición de garante] no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

[14] *Serrano Escobar, Luis Guillermo. Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2011, pp. 28-34: "(...) esta teoría parte del concepto empírico de causa, reconociendo que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de diversas condiciones; pero en la pretensión de limitar los excesos que implicaba la teoría de la condición, considera que estas no son equivalentes, y por tanto, distingue de entre dichas condiciones aquellas que, de acuerdo con la experiencia general de la vida, son generalmente apropiadas para producir el resultado -las que, por consiguiente, adquirían la categoría de causa-, desdeñando el papel de las restantes que solamente por azar contribuían al logro del mismo, y que, por tanto, se consideraban jurídicamente irrelevantes. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

[15] *CE 3B, 2 May. 2016, e2001-23-31-000-2003-01349-01(33140)A, D. Rojas: "(...) sea lo primero advertir que las tesis jurisprudenciales (...) según las cuales el régimen de responsabilidad aplicable en materia de daños ocasionados por actividades médicas es el de la falla presunta y que, en materia probatoria, debe aplicarse el principio de la carga dinámica de la prueba, fueron recogidas. Es una posición ahora consolidada el que, por regla general, la responsabilidad del Estado por cuenta de daños derivados de intervenciones médicas se compromete bajo el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que, tal y como se ha reiterado, le son propias. (...)"*

[16] *CE 3A, 14 Sep. 2016, e63001-23-31-000-2002-01058-01(38804), M. Velásquez: "(...) Por tanto, resulta evidente que el demandante tiene el onus probandi de la falla del servicio, para cuyo efecto podrá aperarse de cualquiera de los medios probatorios permitidos dentro del sistema jurídico (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil), pero claro, sin que se esté abogando por una tarifa probatoria, resultan adecuados especialmente los dictámenes periciales y los testimonios técnicos. (...)" (Negrilla fuera del texto original)*

Esto no obsta para que, **ante una situación de extrema dificultad o imposibilidad de acreditar por medios directos la atribución del daño**, se haya aceptado la prueba indiciaria, con la cual se busca alcanzar, si no certeza, un grado suficiente de probabilidad para adelantar el juicio de imputación[17].

4.3.3.- Del consentimiento informado y de los riesgos probables en desarrollo de la prestación del servicio médico

Según la doctrina, se entiende por consentimiento informado el proceso que surge en la relación médico-paciente, por el cual éste último expresa su voluntad y ejerce por tanto su libertad al aceptar someterse o rechazar un plan, diagnóstico terapéutico, de investigación, etc., propuesto por el médico para actuar sobre su persona, y todo ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto o actos médicos, sus beneficios y riesgos y las alternativas que existan a la propuesta[18].

Concordantemente, el marco normativo vigente contenido en la Ley 23 del 18 de febrero de 1981, "*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*", consagró en sus artículos 15 y 16, la obligación del médico de no exponer al paciente a riesgos injustificados, por lo que pedirá su consentimiento para aplicar los tratamiento médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables, de tales consecuencias anticipadamente, así que la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, **no irá más allá del riesgo previsto**.

Disposición normativa reglamentada por el Decreto 3380 del 30 de noviembre de 1981, que señaló que el médico cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981 **con el aviso que en forma prudente hace al paciente o a sus familiares o allegados**, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.

---

[17] *Ver, por ejemplo; CE 3B, 13 Nov. 2014, e05001233100019990321B-01(31182), R. Pazos.*
[18] *RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro. Responsabilidad médica y hospitalaria. 1ª ed. Barcelona, Bosch, 2004, p.115. CARRASCO GÓMEZ, J.J. Responsabilidad médica 2ª ed, Madrid, 1998, p.84.*

Así las cosas, el tema del consentimiento informado y previo otorgado por el paciente frente a las intervenciones, tratamientos y procedimientos que se le realizan, ha contado con innumerables pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado que se pueden sintetizan en el deprecado para el año 2013, cuando la Subsección B de la Sección Tercera resolvió un caso en el que un paciente que fue sometido a varias intervenciones porque padecía colitis ulcerativa y donde resultó lesionado con perforación de la vejiga y disfunción eréctil y aunque el paciente había firmado el consentimiento informado pero no le habían advertido de todos los riesgos de las intervenciones[19], lo que conllevo a considerar que si el paciente no tuvo la oportunidad y conocimiento de asumir los riesgos derivados de los procedimientos a los que fue sometido, es procedente la declaratoria de responsabilidad.

En consecuencia, **las intervenciones o procedimientos realizados sin consentimiento informado constituyen una falla del servicio** que genera un daño consistente en la vulneración del derecho a decidir del paciente, por lo que surge responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad que prestó el servicio médico. Sin embargo, se presentan situaciones diversas que ameritan ser analizadas para no generalizar la respuesta judicial a circunstancias diferentes y aclarar el alcance de la responsabilidad por falta de consentimiento informado.

5.- CASO CONCRETO:

Examinada la demanda, lo primero que advierte esta instancia es que según el registro civil de defunción Nº 1620304 el deceso del Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), se produjo el 24 de septiembre de 2001, con anotación de causa de muerte natural (fl. 3) y que del reporte de semanas cotizadas en salud era afiliado al Instituto del Seguro Social (fl. 23).

---

[19] *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Con salvamento de voto del magistrado Ramiro Pazos Guerrero, en el que manifiesta la necesidad de diferenciar la falta de consentimiento de otros casos como este en el que se otorgó el consentimiento pero no se informó de los riesgos: "Ahora bien, la ausencia de consentimiento informado podría consistir, por un lado, en que se lleve a cabo un tratamiento o procedimiento quirúrgico sin la autorización del paciente –salvo aquellas situaciones de estado de necesidad-, en cuyo caso el galeno y, de contera, la entidad prestadora del servicio, asumen todos los riesgos inherentes al mismo y comprometen su responsabilidad en la medida en que se materialicen, y, por otro lado, los eventos en los cuales sí hay un consentimiento respecto de los tratamientos o procedimientos médicos a realizar, pero el paciente no es informado de los riesgos que pueden derivarse de los mismos. Diferenciar estas dos situaciones adquiere relevancia para efectos de la indemnización de los perjuicios. En el primer caso, de llegar a concretarse los riesgos inherentes a tales intervenciones, los daños que sufra el paciente –muerte o lesiones- le serán imputables a la entidad pública demandada, en tanto existiría una ausencia total de consentimiento y deberá indemnizar los daños materiales e inmateriales que se causen, al haber privado al enfermo de la oportunidad de explorar alternativas médicas, con posibilidades y resultados más satisfactorios, frente a su condición clínica. En el segundo evento, es decir, cuando sí consintió en la práctica del tratamiento o procedimiento, pero no se le informó sobre los riesgos –genéricos o específicos- que de estos se derivan, lo que se causa es un daño moral que se genera al no haber podido decidir libremente si aceptaba o no tales riesgos. En el caso concreto, sí hubo un consentimiento suscrito por el paciente para que le efectuaran los procedimientos quirúrgicos necesarios para tratar la colitis ulcerativa que padecía, pero no se le informaron los riesgos específicos que conllevaban. En otros términos, el señor Muñoz Tovar sí consintió en la práctica de estas intervenciones, pero no fue informado de manera completa sobre las secuelas que podrían generarle. Por lo anterior, solamente debió indemnizarse el daño moral por él padecido ante la imposibilidad de haber decidido respecto de su salud con pleno conocimiento de causa, pero no había lugar a reconocer perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, en tanto no se trató de un evento de ausencia total de consentimiento".*

Teniendo en cuenta la ecografía particular abdominal total realizada el **24 de agosto de 2001**, un mes antes del fallecimiento del Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), se registró la siguiente opinión: *"Imágenes compatibles con pielonefritis crónica. Liquido libre en cavidad de origen a establecer (Secundario a posible enfermedad Peritoneal). No se observaron signos ecográficos de obstrucción intestinal"* (fl. 9 y 233 a 238).

La anterior impresión diagnostica conllevó a que el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), recibiera atención médica asistencial en la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, y durante el lapso comprendido del 26/08/01 al 24/09/01 en el servicio especial de la Unidad de Cuidados Intensivo UCI, destacando del registro de la epicrisis los siguientes aspectos relevantes:

> *"(...) Diagnósticos definitivos: 1. Falla orgánica multisistemica*
> *2. Sepsis de origen abdominal*
> *3. Perforación intestinal*
> *Procedimientos quirúrgicos u obstétricos: Laparotomía exploratoria, Laparostomia, Lavados de cavidad, colectomía, ileostomía, gastrotomia, ulcerorafia, toracostomia cerrada, traqueostomia.*
>
> *(...)*
>
> *Paciente de 53 años con ant de irc, hta en pop de laparatomia (28-08-01) por abdomen agudo, encontrándose perforación del sigmoide, peritonitis fecaloide requirió manejo con abdomen abierto, lavados quirúrgicos interdiarios, evolución tórpida requiriendo hemicolectomia de transverso y descendente. Cursa posterior sepsis abdominal, cid, requiriendo alto soporte inotrópico, alto soporte respiratorio, soporte nutricional con nutrición parenteral total, nutrición enteral (...).*
> *El 21 de septiembre fue llevado a cirugía por inestabilidad hemodinámica encontrándose fistula de colon múltiples, realizan hemicolectomía derecha más ileotomía dejan paciente empacado.*
> *El 23/09/01 presenta hemorragia de vías digestivas altas importantes se transfunde neuvamente.*
> *El 24/09/01 Presenta paro cardiorrespiratorio y fallece."*[20]

Así las cosas y con el fin de desatar **el fondo del asunto** y respecto de los hechos dañosos alegados por la parte demandante, reposa en el plenario que el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), recibió **atención médica en el Servicio de Terapia Renal de Santander LTDA** contenida en el **Anexo 2** y de acuerdo con la hoja de ingreso del 13/06/01 (fl. 228), acompañada con diferentes valoraciones (fls. 229 a 233 y 235 a 239) e informe quirúrgico del **19/06/01**, se extrae que al Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D) se le practicó el siguiente procedimiento:

---

[20] *Folios 11 y 12.*

"(...) Diagnostico
Pre-Operatorio Insuficiencia Renal Crónica
Post- Operatorio: IDEM
(...)
Intervención practicada: Implantación catéter transitorio para hemodiálisis
(...)
D. Descripción de hallazgos operativos, procedimientos y complicaciones
1. Previa asepsia y antisepsia y ubicación de los planos se infiltra xilocania al 25 sin epinefrina en el ángulo formado por la vena yugular externa y el faciculo clavicular del esterno cleidomastoideo aspirando dirijido hacia la horquilla esternal hasta obtener sangre venosa.
2. Se retira la jeringa dejando la aguja como guía
3. Se introduce la aguja número 14 siguiendo la dirección y profundidad determinada por la aguja guía, hasta obtener sangre venosa
4. Se pasa la aguja por la aguja 14
5. Se retira la aguja dejando la guía intravascularmente
6. Se dilata el trayecto
7. Se introduce el catéter mahurkar y se compruebe flujo
8. Se fija el catéter con seda 3/0
9. Se cubre con esparadrapo
10. Auscultación pulmonar bilateral para comprobar murmullo vesicular normal.

Complicaciones: NINGUNA"[21]

Concordante también reposa el informe quirúrgico del 15/08/2001 de la **implantación de catéter peritoneal por técnica de punción**, con una descripción de hallazgos operativos, procedimientos y complicaciones así:

"(...)
8. Introducción de la camisa del catéter utilizando la guía hasta la cavidad peritoneal, siguiendo la misma dirección hacia la fosa iliaca izquierda.
9. introducción del catéter atravez de la camisa
10. Cierre de la fascia de los rectos con vicril 1/0, cuidando el retenedor interno del catéter quede entre las dos hojas de la fascia
11. Al comprobar el funcionamiento del catéter se evidencia salida del material verdoso por lo que se piensa en la posibilidad de perforación de vicera hueca.
12. Realización del túnel de catéter mediante técnica roma utilizando el tunelizador del kit.
13. Introducción del catéter en el túnel cuidando de que el retenedor esterno quede en el mismo.
15. Cierre de piel com propelene 3/0
17. Se cubre con fixomull strech- se habla con cirugía general Hospital San Rafael ***para realización de laparotomía explotaroría.***
18. Se baja al servicio de urgencias donde el Doctor Hernández programa cirugía inmediatamente.
Complicaciones: Perforación de vicera hueca" (NYSFT). *(fl. 240)*

Además de encontrarse probado que el procedimiento de implantación de catéter peritoneal realizado al Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), contó con el **acta de consentimiento informado** (fl. 220), suscrito por testigo identificada como MARIA ELISA MOLANO DE HUERTAS con cedula de ciudadanía Nº 23.274.436 de

[21] *Ver folio 234*

Tunja, en la cual se registraron las complicaciones propias y generales de cualquier procedimiento invasivo y específicamente las siguientes:

> *"(...)*
> ***Perforación de vasos ya sean ARTERIAS o VENAS que produzcan sangrado, el cual se puede manifestar como:***
>
> *Sangrado por el orificio de salida del catéter.*
> *Sangrado por debajo de la piel y presentar HEMATOMA SUBCUTANEO*
> ***Sangrado dentro de la cavidad abdominal esto se conoce como HEOPERITONEO***
> ***Perforación de víscera hueca es decir de alguna porción de intestino o vejiga.***
> *Infección que se pueda manifestar como:*
> ***Infección dentro de la cavidad abdominal es decir PERITONITIS.***
> *Infección de tejido celular subcutáneo es decir ABSCESO DE TUNEL O DE PARED*
> *Infección en el orificio de salida.*
>
> *El personal de cirugía está altamente entrenado y está en capacidad de tratar las complicaciones, sin embargo, el paciente puede llegar a requerir una intervención quirúrgica mayor con los riesgos propios que esta implica.*
>
> *Declaro que he leído y se me ha explicado en forma amplia este documento en el marco de la ley (Art. 15 Ley 23 de 1981) y en constancia firmo". (N y SFT)*

De lo destacado hasta ahora, puede considerar la Sala que la implantación del catéter peritoneal por técnica de punción de acuerdo al diagnóstico de **insuficiencia renal crónica secundario** a DM que padecía el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), era necesario para continuar con el manejo de las diálisis que requería el cual conto con el consentimiento informado que registro los riesgos probables y propios de la intervención al punto de señalar específicamente que una complicación propia era **perforación de víscera hueca** es decir de alguna porción de intestino o vejiga.

Ahora bien, teniendo en cuenta **la complicación y riesgo probable** del que fue informado al Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D) en calidad de paciente y su cónyuge, procede la Sala a determinar si las demandadas prestaron una atención médica oportuna y completa, encontrando en el **Anexo Nº 1** copia auténtica de la historia clínica de la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, respecto de la atención comprendida desde el 15 de agosto de 2001 al 24 de septiembre del mismo año, de la cual se destacan los siguientes aspectos relevantes para desatar la Litis:

-. Efectivamente el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), ingresó el 15/08/01 aproximadamente a las 16;05 horas al servicio de urgencias por la complicación en el procedimiento de implante del catéter (fl. 1- Anexo 1), lo que conllevo a

que **fuera intervenido quirúrgicamente en donde le fue practicada laparotomía exploratoria y sutura de colón sigmoide** como da cuenta el informe quirúrgico de la misma fecha, con el siguiente hallazgo:

> *"(...) Perforación a nivel de colon sigmoide de aprox 0,5 cm*
> *Procedimiento: Paciente decúbito supino, bajo anestesia general, previa asepsia y antisepsia incisión mediana supra e intraumbilical de aprox 8 cm, se atraviesa piel – TCS-fascias y planos musculares, encontrándose hallazgos descritos, se sutura con vycjl 2-0 3 puntos y refuerzo con seda 3-0. Cierre por planos SIN COMPLICACIONES".*

-. Teniendo en cuenta la intervención de la laparotomía el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), estuvo hospitalizado en el servicio de cirugía general, de lo cual reposan no solo las evoluciones médicas de dicha área, sino del servicio de nefrología, además del balance de líquidos, exámenes entre otros (fls. 7 a 19– Anexo 1) y **plan de manejo** que se corrobora con la nota operatoria (fls. 10 – vto y 11) en la que se **ordenó el suministro de los siguientes antibióticos**: *"Ceftriaxona 1 gr **IV/día**"* y *"Clindamicina 600mg IV c/6h**(3 días)**"*[22].

-. De la nota de evolución de cirugía general del 20/08/01 (fl. 14 vto – Anexo 1), se encuentra que el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), fue valorado en su quinto día de hospitalización por el especialista sin registro de alteración con orden de salida con control.

-. Luego del egreso por la laparotomía el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), nuevamente acude al servicio de urgencias de la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, con reingreso del 26/08/01 (fl. 23 s.s Anexo 1), que conllevo a una segunda intervención quirúrgica realizada en la misma fecha, consistente en drenaje peritonitis- lavado peritoneal – rafia de colón – colostomía transversa tal como da cuenta el informe quirúrgico (fl. 89 – anexo1), del cual se destaca lo siguientes:

> *"(...), se realiza rafia de colon sigmoide, se seca cavidad y se realiza colostomía transversa. Se cierra con bolsa de laparoscopia, sin sangrado aproximado 500 cc, procedimiento son complicaciones".*

-. Teniendo en cuenta la segunda intervención y por la patología que presentaba el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), se realizaron posteriormente varias intervenciones consistentes en drenajes de peritonitis y lavados de cavidad

[22] *Ver nota de evolución de cirugía general fl. 13 vto y nota de nefrología fl. 14 del Anexo 1.*

abdominal, mas reconstrucción de colostomía y sutura de colón debidamente registradas desde el 28/08/01 al 18/09/01 (fls. 90 a 108- Anexo 1), acompañadas de los registros de anestesia y control de signos.
-. Aunado a las diferentes valoraciones y atenciones de los servicios de cirugía general, nefrología, cuidado crítico, respectivas evoluciones y ordenes médicas, control de líquidos, monitoreo de signos, administración de medicamentos y etc desde el 26/08/01 al 24/09/01 (fls. 110 a -222 Anexo1).

-. También reposa la remisión de paciente, con fecha de registro del 17/09/01 (fls. 20-21), de la cual se advierte que efectivamente se realizó la solicitud de atención por pertenecer al ISS y como consecuencia de los escasos recursos con los que contaba la institución para el manejo de dichos pacientes.

Del registro perceptible de la atención médica del Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), documentada en la historia clínica de la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA (Anexo 1), se puede colegir en primera medida que teniendo en cuenta la calidad de institución prestadora, la atención brindada se ajustó con la patología y diagnostico presentado en oportunidad y por las especialidades requeridas.

Sin embargo, esta instancia, continuando con la valoración decretada mediante auto del 02 de abril de 2013 (fls. 383 y s.s) y allegada al plenario, encuentra en el testimonio del galeno especialista en cirugía general de profesión RODOLFO USCATEGUI (fls. 405 a 408), **confirmación en la atención médica** de acuerdo al manejo que requería el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), de la cual se destaca los siguientes aspectos relevantes:

> *"(...) CONTESTO: Las fechas de mi relato y las horas no las sé con precisión pues los hechos ocurrieron en el 2001, el paciente Neftalí pr* ***esentaba un cuadro clínico crónico de diabetes mellitus y secundario a esto desarrollo una insuficiencia renal crónica que por la condición clínica y la única forma de mantenerlo con vida es a través de la realización de una terapia de hemodiálisis o diálisis peritoneal,*** *sé que lo especialistas de la unidad renal tomaron la decisión de realizar la segunda técnica es decir la diálisis perítoneal, para la realización de esta técnica requiere el abordaje de la cavidad abdominal con una técnica ampliamente conocida por los especialistas en nefrología pero no exenta de complicaciones, el paciente durante procedimiento sufrió la perforación del intestino grueso por lo cual de forma inmediata fue trasladado al servicio de urgencias del Hospital San Rafael.* ***Allí el Doctor Rafael Hernández lo valoro y en forma oportuna lo llevo a cirugía para realizar una laparotomía (abrir el abdomen y suturar la lesión del intestino) tengo entendido que el paciente recibió el manejo antibiótico y evolucionó de forma adecuada y se le dio salida días después de la intervención quirúrgica. El paciente***

consulta nuevamente a urgencias del Hospital San Rafael más o menos 10 días después de la primera intervención por cuadro de fiebre y dolor abdominal, *(...). En este servicio conozco al paciente, en conjunto con los médicos especialistas y generales de esta unidad;* ***iniciamos el manejo como es mandatorio de los protocolos para el control de la infección y el asepsis abdominal, es decir se iniciaron, antibióticos, los más modernos para la época y se inició una terapia que consiste en dejar abierto el abdomen del paciente y llevarlo a cirugía hasta lograr la limpieza de la cavidad abdominal, fue así como por un tiempo largo más o menos de 20 días,*** *el grupo de cuidado intensivo, los anestesiólogos y cirujanos que atendimos al paciente luchamos y con mucha responsabilidad médica y ética tratamos al paciente, desafortunadamente la infección intra - abdominal aunado a las enfermedades metabólicas como son la diabetes e insuficiencia renal nos ganaron, me consta eso sí que el grupo de médicos y el grupo de enfermería, lucho de forma humana y científica por la vida de este paciente. PREGUNTADO: Inicialmente donde fue atendido el paciente. CONTESTÓ:* ***El paciente fue atendido inicialmente en la Unidad Renal que en ese momento se encontraba vinculado con el Hospital San Rafael e inmediatamente después el paciente fue trasladado al servicio de urgencias del mismo Hospital.*** *(...)PREGUNTADO: Manifiesta al Despacho sí de acuerdo a su conocimiento medico el señor Neftalí Huertas fue natural la muerte debido al desarrollo normal de la enfermedad. CONTESTO:* ***Desafortunadamente en nuestro paciente se presentan dos enfermedades como son la diabetes y la falla renal crónica que lleva a una especie de inmuno supresión y como es descrito en la literatura las infecciones, así como el cierre de las heridas quirúrgicas y/o traumáticas, no se dan como en un paciente que no presenta estas enfermedades asociadas.*** *(...) PREGUNTADO: Indíquele al Despacho cuales eran los riesgos específicos de este paciente teniendo en cuenta sus antecedentes de diabetes mellitus, hipertensión arterial, insuficiencia renal crónica en fase terminal y tabaquismo. CONTESTO:* ***El mayor riesgo que presenta un paciente con las anteriores patologías es el no cierre de las heridas y el desarrollo de infecciones muy graves, que incluso actualmente en veces no podemos controlar". (N y SFT)***

Ahora bien en cuanto a la declaración del especialista en medicina interna y nefrología Doctor ALBERTO CAICEDO MESA, quien a la fecha de la diligencia 12 de junio de 2013, laboraba en la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA y en la Clinica MEDILASER y además se desempeñaba como docente y coordinador del servicio de medicina interna de la facultad de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (fls. 413 a 424), galeno que **realizó el procedimiento de implantación** del catéter peritoneal por técnica de punción al Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D) se advierte:

"(...) Seguidamente se le informa al compareciente el objeto de la declaración y se exhorta para que haga un relato claro y pormenorizado de todo cuanto le conste.

CONTESTO: para el año 2001, el doctor Hemando Altahona, nefrólogo de Bogotá me manda remitido y recomendado al paciente Neftalí Huertas, para que lo valorara por una insuficiencia renal crónica, e iniciara terapia de diálisis peritoneal como opción de remplazo renal pues el paciente estaba en una fase terminal de su enfermedad llamada nefropatía diabética, el paciente asiste a la consulta en la unidad renal de RTS Tunja, donde se encuentra a un paciente de 53 a 55 años ***diabético desde hace 20 años atrás con múltiples complicaciones crónicas de su enfermedad de base, (la diabetes), por mal control de la***

misma con antecedentes de fumador pesado, dos paquetes diarios de cigarrillo y bebedor crónico, presenta síntomas de sobre carga hídrica y algunas manifestaciones de uremia dados por hiporexia, nauseas astenia ocasional insomnio conciliación, es valorado encontrándose palidez cifras tensionales y frecuencia cardiaca compatibles con hipervolemia, haciéndose el diagnostico insuficiencia renal crónico pero en el momento no traía exámenes de laboratorio, se solicitan y reconsulta para control días después *(...)Se programa para la implantación del catéter previa consulta de nefrología en el consultorio* ***donde nuevamente se le explica el procedimiento que se va a realizar se le lee el consentimiento informado el cual entienden se realizan las preguntas pertinentes*** *para asegurarse de que el paciente entendió y se firma el consentimiento, el paciente es llevado a cirugía pero el paciente es llevado al baño para evacuar la vejiga,* ***por lo que el documento de consentimiento lo firma solo la esposa, pero el paciente había entendido perfectamente el procedimiento y las complicaciones****. (...) Una vez realizado este procedimiento salimos con el paciente en la camilla, la familia esperaba afuera en la sala de espera, cuando vamos saliendo con el paciente se le explica que tuvimos una* ***complicación al pasar el catéter y que probablemente el catéter está localizado dentro de una visera hueca*** *abdominal por lo que requiere valoración y manejo por cirugía general. Se le explica a don Neftalí la situación clínica e inmediatamente es trasladado al servicio de urgencias directamente por mí, se busca al Doctor Hernández cirujano de turno en el Hospital San Rafael en ese momento, hablo directamente con él le explico la técnica del procedimiento que acabo de realizar de implantación del catéter peritoneal y sospecha clínica de la perforación de víscera hueca, él examina el paciente que llevaba escasamente 30 minutos de haberse realizado el procedimiento no encuentra ningún signo de irritación peritoneal ni* ***compromiso de su condición general hemodinámica que determinara infección aguda o compromiso de perdida de líquidos y conceptúa que debe ser llevado a cirugía para laparotomía exploratoria y determinar la localización del catéter.*** *El paciente es llevado a sala de cirugía donde el Doctor Hernández hace laparotomía encontrando una única perforación en el colon de medio centímetro el cual procede a cerrar, revisa las demás vísceras para evidencias otras lesiones intraabdominales sin encontrarlas y retira el catéter peritoneal, se inicia* ***tratamiento antibiótico y es trasladado*** *a piso donde se le continua dando tratamiento posoperatorio, evoluciona satisfactoriamente como hallazgo el día anterior a su dada de alta del hospital (unos cinco días después) el paciente presenta deposiciones diarreicas liquidas para lo cual se inicia hidratación evolucionando satisfactoriamente y se da salida del hospital,* ***durante toda su estancia hospitalaria el paciente continua en hemodiálisis interdiaria con control directo de nefrología que era yo Alberto Caicedo, es dado de alta por medicina interna y por cirugía por evolución adecuada, el paciente se va para la casa en los controles posteriores de diálisis el paciente refiere leve dolor en el área quirúrgica*** *(...)PREGUNTADO. Explique al Despacho que es la insuficiencia renal crónica en fase terminal sufrida por el señor Neftalí Huertas. CONTESTO.* ***La insuficiencia renal crónica en fase terminal o estadio 5, es una condición clínica de carácter irreversible de deterioro de la función de los riñones que da como resultado la acumulación de los productos de desecho corporal como son los nitrogenados, alteraciones en la homeostasis corporal del manejo de los líquidos y de los electrolitos y trastornos acido base que hacen imposible la continuación de la vida sin alguna terapia de remplazo renal por lo tanto se considera una patología eminentemente mortal sin tratamiento ya sea diálisis o trasplante renal,*** *el señor* ***Neftalí Huertas padecía de insuficiencia renal en estado terminal con uremia y las condiciones clínicas anteriormente mencionadas lo cual hacia estrictamente necesaria la iniciación de terapia de diálisis****. (...) PREGUNTADO. Manifieste al Despacho cual es la expectativa de vida de un paciente como el señor Neftalí Huertas con insuficiencia renal crónica terminal y patologías asociadas, a pesar del tratamiento dialítico. CONTESTO. La diabetes mellitus se considera una enfermedad que tiene una mala expectativa de vida, se calcula que la mortalidad de los pacientes insuficientes*

renales en diálisis diabéticos es del 26.6% al 20% por año independientemente que tengan otras comorbilidades y la sobrevida es a menos de 5 años. Se deja constancia que para dar respuesta al deponente consulto el libro Peritoneal Diálisis página 781. El paciente Neftalí Huertas además de la diabetes mellitus tenia antecedentes de tabaquismo pesado, consumo de alcohol regular, hipertensión arterial y no obediencia a las recomendaciones médicas impartidas en años anteriores lo que hace suponer gran enfermedad arterioesclerótica, enfermedad cardiovascular, por lo tanto su expectativa de vida no pudo ser mayor de lo esperado incluso menor por todas esas patologías del endotelio que ya presentaba. (...) PREGUNTADO. Luego de la laparotomía que se le hiciera al señor Neftalí Huertas, en la que usted aseguró se encontró una única perforación, luego de la instalación del catéter peritoneal al paciente se le hace una eco grafía en la que se refiere líquido libre en cavidad de origen a establecer secundario a posible enfermedad peritoneal, diga al Despacho a que se refiere este concepto. CONTESTO. La presencia del líquido en la cavidad peritoneal en un paciente de insuficiencia renal ***en diálisis es un hallazgo relativamente frecuente pues estos pacientes no tienen capacidad de eliminar el exceso de líquido como una persona normal por lo tanto acumulan sus líquidos no solamente en la cavidad peritoneal sino en la cavidad pleural y hacen edema en miembros inferiores de manera casi permanente, luego el reporte en una ecografía en un paciente que refiere diarrea****, no presenta nauseas, no tiene signos de irritación peritoneal, tiene un cuadro hemático normal se puede interpretar como un hallazgo normal en un paciente en posoperatorio de laparotomía por una perforación de víscera hueca, adicionalmente se le comenta al cirujano de turno por lo que se toma la indicación de dar la recomendación al paciente de hidratarlo y hacer lo que se hizo en su momento, y ante cualquier persistencia de los síntomas acudir a urgencias, tampoco mostraba la ecografía colección alguna intraabdominal que nos hiciera pensar en patologías diferentes o complicaciones diferentes y de echo la ecografía se solícita buscando colecciones abdominales las cuales no se encuentran. (...)" (N y SFT).*

A su turno, del testimonio del médico cirujano GABRIEL ANTONIO MOJICA PUERTO (fls. 461 a 465), se ratifican algunos de los aspectos técnicos en cuanto a los diagnósticos relacionados con la atención brindada al Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D) porque fue puesta en conocimiento la historia clínica, pero teniendo en cuenta que el deponente manifestó que no recordaba lo acaecido con el paciente es limitado el valor que se le pueda otorgar a esta prueba.

En relación al testimonio del galeno especialista en nefrología CESAR AUGUSTO MERCADO FERRER, quien para la fecha de atención del Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D) , se desempeñaba como médico general de la Unidad Renal de Tunja (fls. 486 a 488), se destaca que estuvo presente al momento de la implantación del catéter peritoneal, indicando que cuando el paciente manifestó el deseo de hacer deposiciones el nefrólogo Caicedo, suspendió el procedimiento y de inmediato lo traslado al servicio de urgencias para valoración por cirugía, practicándose de inmediato el procedimiento llamado *"rafia"*, que consistía en cerrar el orificio donde hubo la perforación, señalando que evolucionó inicialmente en forma adecuada, pero que dado el antecedente de diabetes

mellitus son pacientes con mala cicatrización por lo que comenzó a presentar múltiples complicaciones.

Aunado, el testigo MERCADO FERRER precisó que en pacientes con insuficiencia renal crónica y antecedentes de rafia de colon reciente, es común encontrar liquido libre en cavidad abdominal, enfatizando que la ecografía es un método diagnostico observador dependiente que significa que depende de la pericia del radiólogo que realiza la lectura, concluyendo que la técnica del procedimiento se realizó en forma adecuada con todas las técnicas quirúrgicas y medidas de asepsia, por lo que al presentarse la complicación de perforación hueca, lo correcto era suspender el procedimiento y remitir el paciente al cirujano.

Del interrogatorio de parte rendido por la demandante MARIA ELISA MOLANO DE HUERTAS y cónyuge del Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D) (fls. 559-560), se observa que el cuestionamiento se enfocó a conocer la causa del deceso, por lo que la deponente nuevamente retomo los antecedentes del registro clínico, enfatizando lo siguiente:

> *"(...) **CONTESTO: Él era una persona diabética, que presentaba más de quince años con la enfermedad**, pero él venía controlándose su diabetes y se le controlaba con médico particular, el únicamente tomaba medicamentos, pero nunca utilizó insulina, en el año 2001, se sintió como fatigado, acudimos al médico y fuimos a Bogotá, donde el Doctor Altahona, donde efectivamente salió con su problema de riñón, él le ordenó que tenían que hacerle hemodiálisis, cuando ya vinimos con la orden de él, pasamos a la unidad renal y le sumaron unos exámenes y le dijeron que tenía que hacerse la hemodiálisis, la cual se la hacían tres veces por semana, el duró haciéndose la hemodiálisis en la unidad renal y le dijeron que para que hiciera el recambio en la casa, **pero que debían colocarle un catéter y quedaron de acuerdo con el Dr Caicedo, que él se lo hacía en la casa**, lo sito(sic) el Dr Caicedo ya era en agosto, para ponerle el catéter, estuvimos ahí a las 9:00 a.m. (...)Entonces el doctor que lo operó nos dijo, que tenía dos perforaciones y que no le habían hecho sino de una sola la primera cirugía, después volvieron estando el en la UCI y volvieron y le dejaron con herida abierta, estando el en la UCI, le hicieron otra cirugía, y luego yo contrate al Doctor Uscategui, pagándole particular, y el volvió y nos dijo que eran dos perforaciones, de ahí, nosotros muy pendientes de él, de lo que se ofreciera de medicamentos, porque hubo una parte que el seguro social no nos colaboró, nos tocaba comprar los medicamentos por nuestra cuenta, (...) yo pienso que la muerte de él que en paz descanse, fue por un mal procedimiento y un error humano, un error del Dr. Caicedo. (...)". (N y SFT)*

Del informe pericial de clínica forense Nº UBGG-DSG 00382 -2013 del 30 de octubre de 2013 (fl. 489), se avizora que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, conceptúo los siguiente: *"Le informo*

que su caso por presunta responsabilidad profesional, requiere la intervención de peritos externos del instituto, las preguntas deberán ser evaluadas y contestadas por galenos expertos en nefrología, con los cuales no cuenta el instituto".

Teniendo en cuenta que el instituto forense no realizo la valoración técnico y que la facultad de medicina de la Universidad Nacional de Colombia tampoco como da cuenta el oficio DEC-489 del 04/08/14 (fls. 526 y 527), únicamente reposa como informe técnico el suscrito por el nefrólogo CRISTOBAL BUITRAGO, remitido mediante oficio en el cual coligió que: *"La causa del fallecimiento del señor Neftalí Huertas C.0 6.748.170 de Tunja, de acuerdo con lo establecido por la* ***Historia Clínica fue la ocurrencia de un paro cardio respiratorio secundario a una hemorragia de vías digestivas altas, asociada a complicaciones inherentes a cuadro de abdomen agudo por peritonitis fecaloide, de aparente etiología quirúrgica por expresión de un riesgo previsto****, debidamente informado y admitido por el paciente (...)".*

De igual manera, el informe del nefrólogo BUITRAGO, preciso que la conducta médica dada por el médico tratante fue la adecuada a la luz de lo dispuesto por la lex artis, pues tal como lo sugiriera el primer tratante Hernando Altahona, ya que el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), en su condición de paciente debía ser programado para recibir terapia dialítica peritoneal, dadas las condiciones fisiopatológicas asociadas a su enfermedad de base (Insuficiencia renal Crónica Terminal) no compatible con la posibilidad inmediata de trasplante renal.

Así las cosas, se encuentra acreditado que el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), falleció a causa *de un paro cardio respiratorio,* **luego una atención medica asistencial de acuerdo a las patologías presentadas**, sin embargo procede esta instancia a determinar la configuración del nexo causal para imputar responsabilidad de los demandados, con el apoyo en la *lex artis* entendida como la posibilidad de recurrir a la literatura médica por parte del funcionario judicial que ha sido avalada por el reconocido tratadista, Jairo Parra Quijano, quien con autoridad en la materia, ha sostenido:

> ***"El juez sobre un tema científico o técnico puede utilizar doctrina sobre la materia, precisamente para hacer inducciones, como se expuso anteriormente.***

> ***"Al no existir tarifa legal para valorar la prueba pericial, mayor es el compromiso del juez para adquirir, sobre la materia sobre la cual verse el dictamen técnico o científico, unos conocimientos basilares, que le permitirán entenderlo, explicarlo en términos comunes*** *(en lo que sea necesario)"*[23] *(N y SFT)*

Lo anterior, permite colegir que el derecho procesal y probatorio moderno ha dejado de lado el legalismo de antaño que limitaba de manera injustificada al operador judicial, para avalar que el juez puede valerse de literatura impresa o la que reposa en páginas web, nacionales o internacionales, ampliamente reconocidas por su contenido científico, no como un medio probatorio independiente, **sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso** y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundará en una decisión más justa[24].

Concordantemente, el ámbito jurisprudencial del Consejo de Estado, ha sido preciso en señalar que la **historia clínica se constituye en uno de los más importantes elementos de convicción del juez** en lo relativo a los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa al paciente[25] y al **remitirnos a la consulta bibliográfica especializada[26]** sobre el diagnóstico, procedimientos médicos y quirúrgicos, lesión y padecimiento sufrido por el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), la Sala encuentra:

- ✓ El Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), padecía de una nefropatía diabética en fase terminal, **causa principal de insuficiencia renal** en el mundo y el productor más fuerte de mortalidad en los pacientes con Diabetes Mellitus (DM).

- ✓ La diálisis peritoneal continua ambulatoria es una opción para pacientes que requieren diálisis y a quienes, por razones individuales o sociales, no se les puede realizar hemodiálisis.

---

[23] PARRA Quijano, Jairo "Aporte de la jurisprudencia del Consejo de Estado al tema de la prueba pericial", Ed. Universidad Externado de Colombia, Jornadas de Derecho Administrativo, Pág. 641.
[24] Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 1º de octubre de 2008, exp. 2726B y del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.
[25] Cfr., entre otras de la Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero 2011, radicación 17001-23-31-000-1997-08001-01(18515).
[26] Artículo original La colocación percútanea de catéter de Tenckhoff, una técnica ideal para el inicio de diálisis peritoneal Antonio Méndez Durán,1 Pablo Chavira Sevilla,2 Claudia Martínez Torres,3 Pablo Orozco Moreno,4 Arabela Godoy Manjarrez5 1 Jefe del Servicio de Nefrología. 2 Adscrito al Servicio de Nefrología. 3 Médico Residente de Urgencias Médico-Quirúrgicas. 4 Enfermero General de la Unidad de Diálisis Peritoneal. 5 Enfermera General de la Unidad de Diálisis Peritoneal. Hospital General Regional No. 25 del IMSS. http://www.medigraphic.com/pdfs/facmed/un-2007/un075d.pdf.
Además se puede ver los siguientes estudios: D´ACHIARDI R, ARIZA M. Insuficiencia renal crónica. En: Borrero J, Montero O. Nefrología. 4ª edición. Medellín: Corporación para Investigaciones Biológicas; 2003. p.72B-38. RUIZ M, CASTELO S. Diálisis peritoneal. En: Borrero J, Montero D. Nefrología. 4ª edición. Medellín: Corporación para Investigaciones Biológicas; 2003. p.762-9.

- ✓ La diálisis peritoneal continua ambulatoria es de amplio uso en el manejo de pacientes con insuficiencia renal crónica terminal.

- ✓ Las tres técnicas principales para inserción del catéter de diálisis peritoneal son la técnica quirúrgica abierta; **la técnica por punción** o con trocar y la técnica laparoscópica.

- ✓ Las complicaciones más frecuentes de los catéteres son la infección y el mal funcionamiento por obstrucción o perforación.

- ✓ La perforación digestiva **más frecuentemente encontrada es la colónica** (colón).

- ✓ En aquellos casos de perforación intraperitoneal o desarrollo postoperatorio de peritonitis o sepsis está indicado el tratamiento quirúrgico de la lesión colónica[27].

- ✓ La cirugía colónica[28], como cualquier cirugía mayor, puede presentar numerosas complicaciones, muchas de ellas de gravedad o incluso fatales, las más frecuentes son: **sepsis de origen abdominal**, íleo posquirúrgico, hemorragia, fístula, evisceración, lesión ureteral, problemas con la colostomía y lesión de grandes vasos mesentéricos superiores.

- ✓ Son comunes las enfermedades asociadas que aumentan el riesgo quirúrgico como la enfermedad coronaria, la hipertensión, la insuficiencia cardíaca, la enfermedad obstructiva pulmonar crónica, **la diabetes, la insuficiencia renal**, el uso de corticosteroides y las enfermedades del colágeno[29].

Teniendo en cuenta el análisis descriptivo literario especializado en concordancia con la valoración de cada una de las pruebas allegadas al plenario y que corroboró la interrogada con algunas respuesta, es claro para la Sala que el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), padecía una enfermedad identificada como diabetes de más de 15 años de diagnosticada, paciente que de acuerdo al

---

[27] http://www.uptoguardiamadrid.com/noticias/MANUAL%20PRACTICO%20CIRUGIA%20GENERAL%20-%20Copia.pdf
[28] *Complicaciones posoperatorias de la cirugía colónica Jaime Ruiz-Tovar, Vicente Morales-Castiñeiras, Eduardo Lobo-Martínez.* http://www.sacd.org.ar/tquince.pdf
[29] *http://www.sacd.org.ar/tquince.pdf*

registro clínico y las declaraciones de los testigos no contaba con una vida muy saludable, ni con buenos hábitos de autocuidado que conllevo a que la enfermedad base se complicara a **insuficiencia renal crónica secundario** a DM, determinando una mayor complejidad en el tratamiento como las diálisis que en principio se realizaron por catéter venoso y que luego para facilitar el proceso requirió de la implantación de un catéter peritoneal que generó un riesgo previsto como la perforación de la visera hueca por lo que requirió un manejo inmediato e indicado como era la intervención quirúrgica con un plan de tratamiento de dos antibióticos de 4 y 3 días que se cumplieron, y dada su positiva evolución conllevo al egreso del centro asistencial.

Sin embargo, cinco días después al presentar dolor abdominal y con un reporte por ecografía con líquido en cavidad, reingresa a la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, donde se le suministró la atención medica asistencial requerida, sin que obre prueba que permita la configuración de un daño antijurídico atribuible, por el contrario el material probatorio da cuenta de una atención prestada con calidad, oportunidad y adecuada.

Aunado, la Sala no encuentra ningun soporte a las manifestaciones del apoderado de la parte demandante en cuanto a que la causa del deceso del Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), es producto de una falla en el servicio médico asistencial ni de la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, ni del SERVICIO TERAPIA RENAL SANTANDER LTDA, por el contrario se corroboró que desafortunadamente la muerte se produjo por un paro cardio respiratorio secundario a una hemorragia de vías digestivas altas, asociada a complicaciones inherentes a cuadro de abdomen agudo por peritonitis fecaloide, de aparente etiología quirúrgica por expresión de un riesgo previsto, acompañada de la falla orgánica multisistemica, por la patología crónica del paciente.

Tampoco se encontró prueba que la perforación que sufrió el Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), hubiese **presentado dos lesiones** y que en la primera intervención quirúrgica del 15/08/01, el servicio de cirugía solo realizara la intervención en una lesión dejando pendiente otra, por el contrario del registro clínico y de algunas transcripciones se corroboro que la rafia (sutura) fue del colon del signoide que consistía en cerrar un orificio donde hubo la perforación, no registrándose dos como lo manifestó la parte demandante, por lo que la pertinencia en la intervención quirúrgica se ajustó a la patología presentada.

De igual manera, esta instancia no encontró prueba que configurara una falla del servicio **desde la óptica administrativa** alegada por el libelista en relación a la entonces asegurador Instituto de Seguro Social – ISS, por el contrario solo se encontró el diligenciamiento de una remisión sin prueba diferente que de la omisión fuese producto de la EPS, recalcándose que si bien es cierto se alegó la negligencia en relación al suministro de procedimientos, exámenes y medicamentos, la Corporación no avizoro que al Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), se le hubiese limitado la prestación del servicio de salud integral, pues de la documental se corroboro que le fueron practicados los tratamientos requeridos.

Así las cosas, para el *sub judice,* al analizar la Sala la demanda, los argumentos de los demandados y valoradas las pruebas, se tiene por cierto que el médico tratante especialista en Nefrología, informó adecuadamente al Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D), sobre los riesgos inherentes a la patología que presentaba, además del procedimiento y la intervención del implante del catéter peritoneal que se ajustó por completo a las reglas técnicas y científicas al tenor de las descripciones de la historia clínica, testimonios y la *lex artis*, e igualmente, considera la instancia que no existen razones para predicar la relación de causalidad entre la negligencia en la práctica del procedimiento y las cirugías que posteriormente se tuvo que practicar como consecuencia de la perforación de la visera hueca como una complicación propia del implante para mejorar la enfermedad que padecía, por cuanto el tratamiento indicado era el quirúrgico.

En consecuencia, del análisis del acervo, la Sala considera que si bien se presentó una complicación asociada al procedimiento quirúrgico de inserción del catéter peritoneal, esta no puede ser atribuible a error médico alguno o falla en el servicio médico asistencial, en tanto que el procedimiento se realizó conforme a los protocolos, lex artis el cual contó además con el conocimiento pleno y certero de los riesgos propios, encontrándose que la causa del fallecimiento del Señor NEFTALÍ HUERTAS (Q.E.P.D) , estuvo asociado a su condición **clínica de base**, como única razón de la intervención médica y en tal sentido si no hubiese padecido el diagnóstico de **insuficiencia renal crónica secundario** a DM por el mal manejo dado a su salud no hubiese tenido que requerir de los servicios especializados de nefrología.

5-. Costas

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenarlas en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- Sin costas de instancia.

CUARTO.- RECONOCER PERSONERÍA a la abogada LUZ ANGELICA ROJAS LÓPEZ, portadora de la tarjeta profesional Nº 253.009del CSJ, para actuar como apoderada judicial de la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, en los términos y para los efectos del poder conferido (fl. 600).

QUINTO.- En firme esta providencia archívese el expediente.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE.

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

ACCION: CONTRACTUAL
DEMANDANTE: SEGUNDO EUGENIO RODRIGUEZ AVENDAÑO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE BOYACÁ
RADICACIÓN: 150012331000200 3-01399-01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fls. 514-516) contra el fallo de fecha 03 de agosto de 2016, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Tunja mediante el cual se negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La Demanda (fls. 142-159): En ejercicio de la acción contractual, el Señor SEGUNDO EUGENIO RODRIGUEZ AVENDAÑO, acudió ante la jurisdicción con el fin de solicitar se declare la nulidad absoluta del contrato de obra pública Nº 003 del 14 de mayo de 2003, celebrado entre el Municipio de Boyacá- Boyacá y el Ingeniero TEODULO BENITEZ CASTELBLANCO, de igual manera solicito se declare la nulidad de la Resolución Nº 003 del 14 de mayo de 2003 por medio de la cual se adjudicó el concurso No. 037 de 13 de mayo de 2003 para la pavimentación de una vía.

Como consecuencia de la declaración de nulidad, solicito, a título de indemnización, se condene a la demandada a pagar al demandante la suma de $7.038.960 o lo que resulte probado en el proceso según dictamen pericial, correspondiente al valor dejado de percibir por concepto de utilidad si el contrato se le hubiese adjudicado y efectivamente celebrado y ejecutado.

2.2.-Hechos en que se fundamentan las pretensiones (fls.142-149):

Los presupuestos fácticos que sustentan la demanda indican que el Municipio de Boyacá- Boyacá, convocó al concurso No 003 para la pavimentación de la Calle 6 entre carreras 3 y 4 y de la carrera 4 entre calles 6 y 7 de la localidad, con fundamento en la Ley 80 de 1993 y como consecuencia de la convocatoria se presentaron dos proponentes los Ingenieros SEGUNDO EUGENIO RODRIGUEZ AVENDAÑO y TEODULO BENITEZ CASTEBLANCO, de acuerdo con la apertura del acta del cierre del concurso y apertura de las urnas correspondientes.

Indicó que para la realización del concurso antes mencionado se elaboraron los términos de referencia, los cuales consagran los criterios para la adjudicación del contrato de la siguiente manera: Análisis económico 70 puntos, teniendo en cuenta la aplicación matemática y análisis técnico 30 puntos, que incluía programación de obra y flujo de fondos.

Precisó que el 12 de mayo de 2002, se suscribió acta de verificación de factores habilitadores para participar y evaluar las propuestas económicas y técnicas de proponentes para el concurso, consignándose que la verificación de factores habilitantes tendrían en cuenta los documentos presentados por los proponentes; en cuanto al factor jurídico, experiencia, administrativo, operativo, financiero, arrojando como resultado que ambos proponentes cumplían con todos los factores mencionados.

Manifestó que al efectuarse la evaluación de las propuestas se otorgó una calificación de 70 puntos al demandante y de 99 al Ingeniero TEODULO BENITEZ CASTEBLANCO, calificación respecto de la cual se presentó reclamación solicitando la revisión en cuanto a la evaluación técnica sobre la terminación e iniciación, por no tener en cuenta las convenciones planteadas en los diagramas y que conllevo a que el 13 de mayo de 2003 mediante la Resolución No. 037 se adjudicara el contrato y el 14 de mayo de 2003 se celebrara el contrato Nº 003 con el proponente ganador.

Acotó que la evaluación efectuada por el municipio en lo referente a la parte técnica no se ajusta a derecho, al no tener en cuenta que los diagramas

mostrados aunque invertidos se puede advertir están bien calculados de acuerdo con las fórmulas correspondientes.
Señaló que en los términos de referencia se indicó que los diagramas CPM/PERT son potestativos de cada proponente, lo cual indica la existencia de un grado de libertad para la presentación de tales diagramas y no como lo indicó el municipio que debían presentarse en forma idéntica al libro de Jorge Noeriega Santos, por lo que los diagramas del demandante demuestran una programación coherente de ejecución de las obras, razón por la que la entidad no tenía por qué excluirlos.

Finalmente, precisó que los tiempos de duración de las actividades y del total de la obra entre los dos proponentes es ilógica ya que en los términos de referencia en cuanto al plazo de ejecución se estableció que no fuera mayor a 60 días y la propuesta presentada por el actor contempla una duración de 46 días, por lo que considera que el proponente ganador tiene más de cinco errores en el cálculo de las duraciones de las actividades, errores que se trasladan a toda la programación de la obra por lo que el puntaje en la parte técnica debía ser cero.

2.3.-Normas violadas (Fls. 151-158)

Invocó como normas violadas el contenido de los artículos 1,2,13,25 y 209 de la Constitución política, además de los artículos 1, 3, 4, 5, 11, 13, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 32, 44, 45, 48, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993 y artículo 84 del CCA.

Afirmó que la expedición del acto demandado por parte del municipio rompe la garantía que debe existir respecto de los derechos de los administrados a través de la ilegal adjudicación del contrato, por cuanto se le restaron treinta puntos de la calificación correspondiente a la evaluación técnica, bajo circunstancias ajenas al criterio técnico evaluativo.

2.4.-Pronunciamiento de la parte demandada (Fls.188-197) En el escrito de contestación, el Municipio de Boyacá- Boyacá, manifestó oposición a todas las pretensiones de la demanda al considerar que no se presentó ninguna irregularidad, teniendo en cuenta que el proceso de escogencia objetiva del contratista se realizó con la observancia de lo establecido en la Ley 80 de 1993 y además no se configura ningún presupuesto legal para declarar la nulidad absoluta del contrato.

Señaló que no es cierto que la evaluación a la propuesta técnica del actor no se ajusta a derecho, pues justamente la misma no recibió ningún puntaje por no estar acorde con las exigencias del pliego de condiciones, precisando que se tomó el diagrama de ruta crítica de obra desarrollado por el conocido tratadista Nogiera Santos y que el mismo es de consulta obligatoria, adquiriendo un carácter vinculante tanto para la administración como de los proponentes inscritos.

Acotó que dentro de los pliegos se determinó la forma de los diagramas de programación como potestativos del proponente, pero también se estableció que sin perjuicio de la evaluación de la lógica u consistencia que los mismos tengan, lo que significa que lo que se buscaba era la coherencia y consistencia de dichos diagramas que son fundamentales para determinar la forma como el contratista pretendía programar la obra, características de las que carecía la propuesta del demandante.

Enfatizó que el procedimiento utilizado por la administración fue el indicado en la Ley 80 de 1993 y decretos reglamentarios, estableciendo en el pliego de condiciones los parámetros y condiciones a los que se sometieron los oferentes, quienes no podían posteriormente alegar inconsistencias en estos bajo el argumento del abuso o desviación de poder.

2.5.-Pronunciamiento del litisconsorte necesario (Fls.452-462), En calidad de oferente ganador, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, manifestando que los hechos en que se funda la demanda no contravienen la legalidad, además porque el demandante no logro probar vicio o nulidad del proceso licitatorio para la adjudicación.

Precisó que la propuesta de él no tuvo errores aritméticos como la que presentó el actor, así que la propuesta se ajustó a los términos de referencia y no en suposiciones en las que se fundó la demanda y contrario se encuentra probado que el contrato se suscribió por ser la mejor propuesta, porque el costo de la oferta del demandante era más alta, además porque el plazo del proponente Rodríguez era de 46 días, mientras que la ganadora se podía cumplir en 20 días el 100% y en el cálculo del AIU no se manifestó quien iba asumir los costos. Formuló como medios exceptivos, la falta de legitimación en la causa por pasiva,

ausencia de causa para demandar y ausencia de material probatorio para declarar la nulidad de los actos acusados por vía contractual.

2.6.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA (Fls.494-510). Se trata de la sentencia del 03 de agosto de 2016 emitida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Tunja en la que fueron negadas las pretensiones de la demanda luego de plantear el problema jurídico, revisar los hechos probados, el marco jurídico con fundamento en la Ley 80 de 1993, trascripción de jurisprudencia para descender al caso concreto frente a las causales de nulidad de acuerdo a las previsiones del artículo 44 ibídem.

Precisó que de las pruebas allegadas al proceso extrañó elementos de convicción necesarios para demostrar las condiciones alegadas por el demandante, no encontrando pruebas esenciales de convencimiento frente a la vulneración de las normas constitucionales y legales, ni desviación de poder o falsa motivación.

Acotó que el pliego de condiciones en un proceso de selección de contratistas está sujeto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, vinculante en los estrictos y precisos parámetros definidos, por lo que el actor no logró desvirtuar que la propuesta del adjudicatario era la mejor, en consecuencia otorgó plena legalidad a lo Resolución Nº 0003 del 14 de mayo de 2003 y al Contrato Nº 037 del 13 de mayo de 2003., por cuanto la carga de la prueba fue insuficiente para demostrar la ilegalidad.

2.7.- EL RECURSO DE APELACIÓN (Fls. 514-516) Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación al considerar que el Juzgado hizo un análisis general del marco jurídico aplicable para descender al caso concreto sin identificar la causal de nulidad invocada, para colegir que la Resolución Nº 037 del 13 de mayo de 2003, esta asistida de presunción de legalidad apoyada en jurisprudencia del Consejo de Estado.

Arguye el recurrente, que no es acertada la argumentación del despacho de primera instancia ya que la evaluación técnica efectuada por el Municipio de Boyacá – Boyacá frente a la propuesta del demandante que no fue aceptada específicamente en lo referente a las convenciones planteadas en los diagramas

de cada una de las actividades programadas de la propuesta pese a estar invertidos el cálculo había sido correcto, vulnerando con ello los principios de la Ley 80 de 1993, al desconocer la forma técnica de evaluar la propuesta del actor, siendo clara la intención que había de adjudicar el contrato al Señor TEODULO BENITEZ, porque antes de resolver las observaciones se expidió la Resolución Nº 037 de 2003.

Considera que el A-quo, le dio plena validez a lo determinado por el comité calificador al ceñirse únicamente en lo enunciado por el libro de Jorge Noriega, criterios que son plenamente controvertibles porque no estaban previstos en el pliego de condiciones, sin tener en cuenta que la entidad en cuanto al termino de duración del contrato efectuó una comparación entre las dos propuestas no siendo procedente ya que el pliego decía que el término debía ser menor a 60 días.

Enfatizó que el juzgado desconoce lo probado en el proceso frente a la evaluación inicial respecto a los aspectos técnicos de la propuesta del demandante, en el sentido que le quitaron 30 puntos por supuestos errores aritméticos y posteriormente en la segunda calificación los errores eran en el diagrama de ruta crítica, desconociendo en la sentencia lo consignado en la demanda en el numeral décimo de los hechos acreditados con los documentos, por lo que solicita se revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones.

2.8.- TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA. La impugnación se admitió mediante auto del 23 de noviembre 2016 (fl.522), y de acuerdo con lo establecido en el inciso 5º del artículo 212 del C. C.A., se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público para que, si a bien lo consideraba, emitiera concepto (fl.524), oportunidad dentro de la cual, únicamente el vinculado en calidad de litisconsorte necesario TEODULO BENITEZ CASTEBLANCO presentó escrito de alegatos (fls. 525-526) en el que reitero los argumentos de la contestación, oponiéndose a las pretensiones, solicitando se confirme la decisión de primera instancia por encontrarse plenamente demostrado que el proceso contractual se ajustó a la programación y a los términos de referencia, sin que el demandante haya desvirtuado que la propuesta presentada no estuviera incursa en errores aritméticos.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1.- COMPETENCIA:

Esta Corporación es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 133 y 181 del Decreto 01 de 1984[1].

3.2.- El problema jurídico

El debate para esta instancia se contrae a determinar si en el asunto de la referencia la sentencia de primera instancia incurrió en defecto fáctico por defectuosa valoración del material probatorio, especialmente en relación a la calificación técnica de la propuesta presentada por el demandante que permite configurar la nulidad absoluta del Contrato Nº 003 de 2003 celebrado entre el Municipio de Boyacá – Boyacá y TEODULO BENITEZ CASTELBLANCO, por la vulneración a los principios rectores que regulan la contratación estatal, la falsa motivación y la desviación de poder.

3.3.- De los aspectos generales normativos y jurisprudenciales

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin dejar de lado los postulados que rigen la función administrativa, esto es que esa función está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.[2]

Así, el principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general,[3] la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, **la igualdad de los oferentes**[4], la publicidad de todo el *iter* contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.

---

[1] *Disposición que prevé que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos. correspondiendo la aplicación de las normas del CCA y del CPC.*
[2] *Artículo 209 de la Constitución política.*
[3] *Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2002.*
[4] *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12037.*

En tal sentido, la libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes, circunstancias que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que **perfectamente puede no estar la mejor oferta**, por lo cual, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993[5] para asegurar el principio de transparencia, después de sentar como norma general que la escogencia del contratista debía hacerse por medio de licitación, regula los casos en que se podía contratar directamente.

3.4.- De la procedencia de la nulidad en los Contratos Estatales

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial, entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional[6] o con abuso o desviación de poder[7]; así para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 ibídem, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,[8] **razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal** aunque por supuesto habrá de configurar otra.

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso, así cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.

---

[5] *Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.*
[6] *Numeral 2º.*
[7] *Numeral 3º.*
[8] *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.*

En consecuencia, al no observar el principio de transparencia se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se **incumple el deber de selección objetiva**, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder.

Lo anterior valida la posibilidad que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando **aparezca plenamente demostrada** y no es susceptible de ser ratificada por las partes[9], condiciones reiteradas por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, así que el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.

3.5.- De la naturaleza del pliego de condiciones

Los pliegos de condiciones han sido definidos como un **acto jurídico mixto** que nace como un acto administrativo de contenido general y con la adjudicación y suscripción del contrato estatal algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo.

Sobre el particular, la jurisprudencia del órgano de cierre ha precisado y reiterado[10] que:

> *"(...) el pliego de condiciones, según la normatividad actualmente vigente en Colombia, no es un reglamento ya que, por definición, **este es un acto de carácter general, que tiene vocación de permanencia en el tiempo -en tanto no se agota con su aplicación- y se expide en ejercicio de la función administrativa.***
>
> *"Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación de permanencia en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un sólo proceso de contratación, al cabo*

[9] *Artículo 45 de la Ley 80 de 1993.*
[10] *CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA-SUBSECCION C-Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO-veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)-Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)-Actor: ANDINA DE CONSTRUCCIONES LTDA.-Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO Y OTROS -Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-CONTRACTUAL*

del cual pierde su vigencia. El reglamento, en cambio, admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga.

"Resta, pues, considerar el pliego de condiciones como "acto administrativo", naturaleza que, a juicio de la Sala, ostenta parcialmente el pliego. Sin embargo, el pliego conserva su carácter de acto administrativo hasta antes de la celebración del contrato; se trata de un acto administrativo de singulares características, pues, siendo de carácter general[11], puede ser, sin embargo, de trámite o definitivo, según sus destinatarios[12]; pero igualmente tiene vocación para convertirse en "cláusula contractual", caso en el cual deja de ser un acto administrativo general, para mudar su naturaleza.

"En este sentido, se podría decir que el pliego ostenta una "naturaleza mixta", en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general -naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección-, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos, en muchas de sus estipulaciones esa naturaleza y se convierte en "cláusula contractual", porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección."[13]

Partiendo del presupuesto que el contenido mínimo de los pliegos de condiciones se encuentra descrito en el artículo 24.5 de la ley 80 de 1993, de modo que ellos reflejan la base sobre la cual se deben estructurar los mismos para garantizar la concreción del principio de transparencia, esos parámetros o exigencias mínimas fijadas desde un marco positivo son: i) los requisitos objetivos que están obligados a acreditar los proponentes interesados en el proceso de selección, ii) las reglas de selección objetiva, justas, claras y completas que permitan elaborar la oferta o propuesta de acuerdo con las necesidades de la entidad administrativa, inclusive es posible que dentro de los mismos se incluyan medidas de protección afirmativa para garantizar la concurrencia de ciertas personas que se encuentran en situaciones de debilidad (al respecto consultar la sentencia de constitucionalidad C-932 de 2007), iii) las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, iv) se establecerán condiciones o exigencias razonables que puedan ser cumplidas por los proponentes, v) se determinarán reglas exentas de error, o meramente potestativas de la voluntad de la entidad pública, vi) se indicarán las fechas y plazos para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar.

Ahora bien, desde un marco negativo, los pliegos de condiciones no pueden contener lo siguiente: i) fijar condiciones y exigencias de imposible

[11] *Porque tiene la capacidad de aplicarse a un número indeterminado de personas.*
[12] *Porque no culmina el procedimiento contractual, sino que forma parte de las actuaciones necesarias para impulsarlo.*
[13] *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.*

cumplimiento, ii) establecer o prever exenciones de responsabilidad, iii) **consignar reglas que induzcan a error a los proponentes, iv) consagrar reglas que permitan la presentación de ofrecimientos de extensión limitada**, v) fijar reglas que dependan única y exclusivamente de la voluntad de la entidad contratante, y vi) según la ley 1150 de 2007, exigir soportes o documentación para validar la información contenida en el RUP, es decir, no se puede requerir a los proponentes que alleguen la información que avale su inscripción en el Registro Único de Proponentes.

De modo que bajo el anterior marco de exigencias, parámetros y principios, es que la entidad contratante elabora los pliegos de condiciones, sin que ello implique una estandarización de los mismos, ya que, en cada caso concreto, el objeto a contratar determinará los requisitos de la propuesta, así como los factores de calificación objetiva que permitirán seleccionar la más conveniente a la administración pública contratante[14].

4.- CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta que la inconformidad del recurrente consiste en la evaluación técnica efectuada por el demandado frente a la propuesta presentada por el Señor SEGUNDO EUGENIO RODRIGUEZ AVENDAÑO al, supuestamente, no atender las convenciones planteadas en los diagramas de las actividades y frente a la calificación en cuanto al tiempo de ejecución de la obra, procede la Sala con la valoración probatoria en conjunto para desatar el recurso formulado.

Así, en el asunto que se revisa en esta instancia está plenamente demostrado que entre el Señor TEODULO BENITEZ CASTEBLANCO y el Municipio de Boyacá-Boyacá se suscribió el Contrato Nº. 003 de fecha 14 de mayo de 2003, cuyo objeto correspondía a la *"Pavimentación Calle 6º entre carreras 3º y 4º y carrera 4º entre calles 6º y 7º Municipio de Boyacá cuya obra será desarrollada conforme a los estudios y diseños y se describe así: (...)"*, por un valor pactado de $30.488.466 y en un plazo de ejecución de 20 días contados a partir del acta de inicio (fls. 2 a 4 y 171 a 173), como consecuencia de la adjudicación contenida en la Resolución Nº 037 del 13/05/03 (fls. 5-6; 174 a 175 y 251 a 253).

[14] *"Conforme a lo anterior, las autoridades contratantes en los pliegos de condiciones pueden incluir, además de los criterios indicados en esta ley, otros factores que deban tenerse en cuenta, de conformidad con el objeto del contrato, así como la ponderación o calificación que se asigna a cada uno de ellos en la correspondiente evaluación de las propuestas, sin que ello signifique la permisión de incluir factores discriminatorios que violen el principio de igualdad de oportunidades entre los licitantes, el cual es, sin duda, esencia de la selección objetiva del contratista."* MATALLANA Camacho, Ernesto "Manual de contratación de la administración pública", Ed. Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Bogotá, 2009, pág. 289.

Contrato que, atendiendo los términos de referencia para la obra, de mayo 2003 (fls.7 a 34), se destacan los siguientes aspectos relevantes:

> *"(...) 6. Programa y plazo de ejecución*
> *Los proponentes deberán presentar sus ofertas fijando el plazo que invertirán en la ejecución de los trabajaos pero que nunca serán mayores al plazo fijado por el municipio para la ejecución de las obras, y que corresponden a SESENTA (60) DÍAS CALENDARIO. La propuesta que presente un plazo mayor se rechazará.*
>
> ***(...)***
> ***1.2- ANALISIS TÉCNICO***
> ***1.2.1 PROGRAMACIÒN DE OBRA Y FLUJO DE FONDOS. TREINTA (30) PUNTOS.***
>
> *El programa de la obra y flujo de fondos son instrumentos fundamentales en la interventoría de la obra y se busca que el interventor pueda realizar un seguimiento, control y evaluación de los mismos durante la ejecución del contrato e igualmente el MUNICIPIO DE BOYACÁ, en consecuencia se hará especial énfasis en el cumplimiento del mismo.*
>
> *El proponente elaborará un programa en el cual presente un avance lógico de las actividades en el tiempo y que sea concordante y compatible con la organización y el personal propuesto. El plazo estimado en este programa debe cumplir con el presentado en el formulario de la propuesta. De no ser así se considera como inconsistencia. (...)*
>
> *1.2.1.1 El cálculo de duración de cada una de las actividades o tareas se hará teniendo en cuenta los rendimientos utilizados en cada una de las tareas o actividades, según el anexo cuadro de rendimiento y duración de actividades o tareas, al igual que el tiempo de cuadrilla utilizada y el número de cuadrilla para realizar cada actividad o tarea. (...)*
> *(...)*
> *1.2.1.5. Consistencia del flujo mensual de fondos en las actividades o tareas realizadas y los porcentajes de incidencia o valor en meses correspondientes, teniendo en cuenta la programación de la obra. (ver especificaciones generales para programación de la obra). El no realizarse así, se considerará como inconsistencias.*
> *(...)*
>
> ***4. Diagrama de GANTT (Flujo de Fondos o Desembolsos).***
>
> ***El oferente deberá presentar un diagrama de barras tipo GANTT según formato anexo que debe coincidir con la red y en él debe demostrar las barras correspondientes a las iniciaciones primeras y terminación primarias y a las correspondientes a iniciaciones y terminaciones últimas (Identificándolas Plenamente de lo contrario se considerará como inconsistencias**).*
>
> *Se deberán resaltar las actividades correspondientes a la ruta crítica, además se mostrará los desembolsos periódicos (mensuales) para la ejecución de cada actividad. Para ello en cada barra que represente una actividad o tarea se colocará el porcentaje de participación con dos décimas aproximadas o el valor de participación dentro del respectivo mes y así determinar su incidencia en el desembolso total correspondiente al mes dentro del cual se esté ejecutando. (...)". (N y SFT)*

Como consecuencia de la convocatoria, el Señor SEGUNDO EUGENIO RODRIGUEZ AVENDAÑO presentó la propuesta (fls. 60 a 129 y 256 a 328), acompañada de la carta de presentación de la propuesta ofreciendo para la **ejecución de las obras cuarenta y seis días**, copia del certificado y registro de proponentes, hoja de vida, certificación del INVÍAS respecto de la suscripción de contratos con la entidad, cálculos de los AIU, porcentaje de prestaciones sociales, costos de materiales, tarifas, costos de mano de obra, relación de los equipos a utilizar en la obra entre otros documentos.

De igual manera, el Señor TEODULO BENITEZ CASTEBLANCO presentó la propuesta (fls. 329 a 362), determinando como plazo de ejecución de la obra veinte días calendario y acompañándola, entre otros, de los siguientes documentos: registro de proponentes, hoja de vida, descripciones de material de obra, cálculo de los factores de prestaciones sociales, inversión de anticipo, cuadro de rendimientos y duración de actividades con el diagrama CPM/PERT, ruta crítica y diagrama de Gantt y flujo de fondos.

Teniendo en cuenta las propuestas presentadas, el Municipio de Boyacá- Boyacá procedió a la calificación en sesión del comité evaluador del 12 de mayo de 2003 (fls. 130 a 133 y 363 a 366), señalando específicamente en la evaluación técnica que:

> *"(...) Si observamos el diagrama de ruta crítica presentada por el Ing. Rodríguez vemos que la IP. TP. IU y TU no están bien calculadas: ... Por tanto esta programación de obra, criterio que sirve para evaluar técnicamente la propuesta, presenta por este concepto NUEVE (9) INCONSISTENCIAS. Y por tanto su puntaje en la parte técnica será de CERO (0) ya que se cataloga en el rango > 5 inconsistencias.*
>
> *2.1- Programación de obra proponente No. 2: TEODULO BENITEZ CASTELBLANCO:*
> *Esta propuesta no presenta inconsistencias, el plazo calculado en el diagrama de ruta crítica coincide con el ofrecido. Hay coincidencia entre diagrama de rutas críticas y Gannt, por tanto el puntaje en la parte técnica será de TREINTA (30) ya que se cataloga en el rango 0 inconsistencias".*

Presentando como **calificación final** que el demandante obtuvo 70 puntos y el proponente TEODULO BENITEZ CASTELBLANCO el equivalente a 99 puntos, decisión de adjudicación al ganador mediante oficio del 13/05/03 (fl. 134) y mediante oficio del 14/05/03 el Señor SEGUNDO EUGENIO RODRIGUEZ AVENDAÑO, solicito la revisión de la evaluación técnica específicamente en los relacionado con la terminación primera e iniciación ultima al no tenerse en

cuenta las convenciones plateadas en los diagramas de cada una de las actividades programadas en la propuesta.

A las observaciones formuladas por el hoy demandante, la demandada emitió respuesta con el oficio del 13 de mayo de 2003 (fl. 136), remitiendo para los efectos correspondientes el documento anexo complementario de la evaluación para el concurso Nº 003 de 2003 (fls. 137 a 141 y 367 a 376), en el cual se precisa que:

> *"Reunido el Comité Evaluador del concurso 003 de 2003 con el fin de brindar mayor claridad de conceptos y ante la inquietud de posible error en la evaluación técnica de las propuestas (programación de obra) REAFIRMAMOS LOS PUNTAJES OBTENIDOS POR LOS PROPONENTES de acuerdo a lo siguiente:*
> *Dice el Acta de evaluación que:*
> *"2- EVALUACIÓN TECNICA:*
> *2.1- programación de obra proponente No. 1: SEGUNDO EUGENIO RODRÍGUEZ A.:*
> *Es criterio general de programación de obra y específicamente dice el libro de Jorge Noriega Santos: "TRAYECTORIA CRITICA, Programación y control de proyectos" Capítulo 5, numerales 3: DETERMINACIÓN DE LAS FECHAS DE INICIACIÓN DE LAS ACTIVIDADES y 4.- DETERMINACIÓN DE LAS FECHAS DE TERMINACION DE LAS ACTIVIDADES (páginas 77 y 78) que:*
> *"(IP) Iniciación primera es el primer instante en el que se puede iniciar una actividad.*
> *(IU) Iniciación última es el último instante en el cual se debe iniciar una actividad.*
> *(TP) Terminación primera es el primer instante en el cual termina la actividad.*
> *(TU) Terminación última es el último instante en el cual se debe terminar la actividad*
> *D = Duración de la actividad"*
> *Y define las siguientes fórmulas para su cálculo:*
>
> | | |
> |---|---|
> | $TP=IP+D$ | $TU=IU+D$ |
> | $IP=TP+D$ | $IU=TU-D$ |
>
> *(...)*
> *Si observamos el diagrama de ruta crítica presentada por el Ing. Rodríguez vemos que la IP, TP, IU y TU no están bien calculadas:*
> *De acuerdo a las convenciones ya definidas:*
> *IP =19*
> *D=1*
> *TP =19*
> *IU=20*
> *TU =20*
> *Si aplicáramos algunas de las fórmulas ya descritas:*
> *TP = IP + D TP = 19+1 TP = 20*
> *Pero en el diagrama da 19*
> *IU = TU — D IU = 20 ° 1 IU = 19*
> *Pero en el diagrama da 20*
>
> *Igual inconsistencia sucede en todas las actividades. Por tanto dicen los términos de referencia en ESPECIFICACIONES GENERALES PARA PROGRAMACION DE OBRA que: "1.2.1.2. Cálculo de iniciación primera, iniciación última, terminación primera y terminación última de cada una de las actividades o tareas, teniendo en cuenta la duración de las mismas. El no realizarse así, se considerará como una inconsistencia por cada uno de los items o actividades"*
>
> *Por tanto esta programación de obra, criterio que sirve para evaluar técnicamente la propuesta, presenta por este concepto NUEVE (9) INCONSISTENCIAS. Y por tanto su puntaje en la parte técnica será de CERO (0), ya que se cataloga en el rango >5 inconsistencias.*

NUMERO DE INCONSISTENCIAS	*PUNTOS*
0	*30*
1	*25*
2	*20*
3	*15*
4	*10*
5	*5*
>5	*0*

Resultando que las convenciones utilizadas por el Ingeniero Rodríguez correspondían a (...)
Y que por lo tanto la aplicación de las fórmulas para cálculo de fechas de iniciación y terminación de actividades serían adecuadas y por tanto no existirían las inconsistencias A que referimos, PERO:

El problema es que esta programación de obra NO SE PUEDE EVALUAR, porque en realidad está MAL ELABORADA TOTALMENTE desde su concepción misma y definición de criterios básicos de programación de obra por lo siguiente:

En los diagramas CPM/PERT cada actividad está representada por UNA FLECHA, en la cola se inicia la actividad y termina la que precede. *En la cabeza termina la actividad y se inicia la que sigue, entre la cabeza y la cola de la flecha se desarrolla la actividad. Los eventos se representan por nodos o nudos. Cada actividad parte de un evento de principio (EP) y termina en un evento que llamamos de fin (EF). (...)" (N y SFT).*

Contrato de obra que fue ejecutado por TEODULO BENITEZ CASTEBLANCO, suscribiendo acta de entrega final el 25 de noviembre de 2003 (fl. 379), ratificada con la certificación suscrita por la Secretaria de Planeación y Obra del 07 de marzo de 2011 (fl. 380), de la cual se destaca:

> *"Que revisado los documentos que conforman el archivo del Municipio de Boyacá y luego de realizar la correspondiente visita a los sitios donde se ejecutaron las obras contratadas por esta entidad territorial a través del contrato No. 003 de 2003, se pudo establecer que efectivamente el objeto contractual se cumplió y que las obras de pavimentación están cumpliendo la función para las que fueron construidas y se encuentran en buen estado de conservación."*

Reposa un dictamen pericial (fls. 224 a 225), en el cual se registraron condiciones de los perjuicios materiales o morales alegados por el demandante, sin ningún análisis respecto de la causación del presunto daño.

Teniendo en cuenta el recuento del acervo probatorio destacado en precedencia y frente a la inconformidad en la calificación de la evaluación técnica, se ha verificado que conforme a los términos de referencia que se **constituyen en los parámetros que delimitan la suscripción del contrato**, la calificación del comité técnico se ajustó a las propuestas presentadas en la medida que el numeral que se refería a los criterios para la adjudicación específicamente en el numeral 1.2.1 del análisis técnico determinó el valor de punto en relación al programa de la obra y los flujos de fondo como instrumentos que buscan la

verificación adecuada de la obra, con la salvedad expresa de la nota al señalar que al no realizarse se consideraría como una inconsistencia.

Además, los términos de referencia, de manera puntal también señalaron que el **oferente debía presentar un diagrama de barras tipo GANTT** (fl. 20), según formato anexo, el cual debía coincidir con las barras correspondientes de iniciación primaria y terminaciones (fl. 40).

Por lo tanto, el pliego de condiciones referencia para la obra de mayo 2003 (fls.7 a 34), concretó y materializó los principios de planeación contractual y de trasparencia, comoquiera que su adecuada formulación permitió garantizar la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento, de acuerdo con el marco establecido en la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción).

Conforme a lo anterior, se colige que los términos de condiciones son la clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos determinados y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general.

Concordante a los señalado en el acápite de consideraciones y en relación con las herramientas, instrumentos o criterios hermenéuticos aplicables en materia contractual, el artículo 23 de la ley 80 de 1993 estableció un sistema de contratación estructurado que garantiza la aplicación de los postulados de la función administrativa del artículo 209 constitucional y los principios generales del derecho y los del derecho administrativo; así que toda la actividad contractual de la administración pública se rige por un plexo jurídico bastante amplio que permite la integración de principios de derecho público con aquellos predicables del derecho privado, de conformidad con la norma de integración del inciso primero del artículo 13 ibídem, según el cual: *"Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley."*

Advirtiéndose que para el ***sub judice,*** de acuerdo a la documental, la propuesta del Señor TEODULO BENITEZ CASTEBLANCO, sí presento un programa de avance lógico de actividades en el tiempo, a través del diagrama CPM/PERI (fl. 360), la ruta crítica en la cual se registró el plazo ofrecido de veinte (20) días calendario de ejecución de la obra y **específicamente el diagrama de GANTT** y flujo de fondos en la cual registro de manera detallada la actividad a desplegar, el porcentaje, el valor y los días (fl. 362).

Caso contrario al revisar la propuesta del demandante SEGUNDO EUGENIO RODRIGUEZ AVENDAÑO, pese a presentar un diagrama y flujo de fondos (fls. 125 y s.s.), **no correspondían a la metodología de GANTT**, realizando convenciones en forma manual (fl. 126) que no se ajustaban con la estructura de la diagramación, además de invertir los valores y conceptos, lo que conllevo a que el Comité evaluador en forma acertada calificara con 0 la propuesta en los aspectos técnicos, por la presencia de más de cinco (5) inconsistencias que de acuerdo a los valores determinados, hacían no era procedente un reconocimiento de porcentaje técnico.

Así las cosas, los términos de referencia para la obra de mayo 2003 (fls.7 a 34), de acuerdo a la convocatoria, al estar contenidos en un acto jurídico mixto que en cierto modo contienen descripciones generales sin que ello lo convierta en un reglamento para que se surta el proceso de selección, dan la viabilidad de la hermenéutica o interpretación, bien porque se hace necesario para solucionar un problema estrictamente formal de una propuesta y por consiguiente determinar su admisibilidad y evaluación ora porque es preciso determinar el contenido y alcance de una de las cláusulas o disposiciones fijadas que de manera precisa señalaban la utilización de la metodología de GANTT.

En consecuencia, no reposa prueba efectiva que determine que el acto de adjudicación (Resolución Nº 037 de 2003) y el Contrato de obra Pública Nº 003 de 2003 se encuentren incurso en causal de nulidad específicamente en desviación de poder o falsa motivación ya que a las observaciones la demandada emitió respuesta con el oficio del 13 de mayo de 2003 (fl. 136), remitiendo para los efectos correspondientes el documento anexo complementario de la evaluación para el concurso Nº 003 de 2003, donde reitero los apartes del pliego de condiciones o términos de referencia y en tal sentido el comité no podía

analizar que las convenciones presentadas indicaran que la información contenida en el diagrama debía ser interpretada a la inversa.

Por consiguiente, la argumentación del recurrente demandante no tiene vocación de prosperidad, en la medida que en el acervo probatorio no se encontró que la escogencia del proponente TEODULO BENITEZ CASTEBLANCO, adjudicatario del contrato, se encuentre viciada en el proceso, ni con afectación de los principios de transparencia, selección objetiva, equidad y moralidad administrativa, conllevando a ratificar la legalidad de los actos proferidos.

Aunado a lo anterior, la manifestación del recurrente en relación con la falsa motivación tampoco prospera, en la medida que al tenor del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del órgano de cierre, la motivación en el acto de adjudicación frente a las razones de escogencia, separadas de la calificación deben atender a las condiciones plenamente señaladas en el pliego de condiciones en concordancia con la propuesta presentada que define la calificación a obtener, así las cosas, cuando el comité evaluador responde las observaciones allegando el documento anexo como soporte de la calificación dada al proponente demandante, se plasma la motivación en la decisión y frente a la calificación por lo que no invalida la conducta de la entidad demandada en la suscripción del contrato de obra.

Finalmente, en relación a las manifestaciones del recurso en cuenta a que la propuesta del Ing. BENITEZ debía ser descalificada por presenta inconsistencias, es del caso enfatizar que de acuerdo a la revisión del pliego de condiciones y lo probado son aspectos que no corresponden a la realidad, pues la determinación del plazo era hasta 60 días y el oferente indicó que la ejecución de la obra podía ser adelantada en 20 días y no en 46 como lo señaló el demandante, garantizando economía y eficiencia para adelantar el objeto del contrato Nº 003 de 2003.

En este orden de ideas, concluye la Sala que el acto de adjudicación contenido en la Resolución Nº 037 de 2003 y el Contrato de obra Pública Nº 003 de 2003, fueron expedidas en virtud de las facultades legales, en concordancia de la disposiciones reglamentarias, por lo cual se confirmará la sentencia que negó las pretensiones en tanto el actor no pudo desvirtuar probatoriamente causal de nulidad que invalidaran las decisiones contractuales proferidas por el Municipio

de Boyacá - Boyacá, en virtud a que la suscripción del contrato se efectuó conforme al procedimiento previamente determinado en el pliego de condiciones, valorando las propuestas presentadas aplicando los principios generales y rectores de la contratación estatal.

5. COSTAS PROCESALES

Teniendo en cuenta que no se dan los supuestos previstos por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, concordante con el artículo 171 del CCA, ya que no se demostró que alguna de las partes hubiera actuado temerariamente, la Sala se abstendrá de imponer costas.

VI. DECISION

En mérito de lo antes expuesto, la Sala de decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de agosto de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Tunja, pero por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVASE** el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

DEMANDANTE:	SOCIEDAD E. GÓMEZ Y CIA. S. EN C. EN LIQUIDACIÓN
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE VILLA DE LEYVA
REFERENCIA:	15000-23-31-000-**2006-02896**-00
ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA
TEMA:	CAMBIO USO DE SUELO
ASUNTO:	**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotadas las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, en los términos del artículo 170 del CCA.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La **SOCIEDAD E. GÓMEZ Y CIA. S. EN C. EN LIQUIDACIÓN**, acudió ante esta jurisdicción, en ejercicio de la acción de Reparación Directa, en los términos del artículo 86 del C.C.A, con el fin de que se declare la responsabilidad del **MUNICIPIO DE VILLA DE LEYVA**, por el daño especial causado por los cambios al uso, clasificación y zonificación del suelo del predio "San José".

1.1. Declaraciones y Condenas (fl. 2-3)

El apoderado de la Sociedad demandante, solicitó que se declare que los cambios al uso, clasificación y zonificación del suelo del predio "San José" de la Vereda Centro de Villa de Leyva con folio de matrícula No. 070-12583 de la Oficina de Registro de Instrumentos de Tunja y matrícula catastral 00-0-012-067, impuestos mediante el **Acuerdo 021 de 13 de agosto de 2004** del Concejo de Villa de Leyva, implican la causación de **un daño especial a la actora**, al limitar, de manera drástica y radical, los usos y posibilidades de desarrollo urbanístico previamente establecidos para dicho predio por el **Acuerdo 35 de 1995** del Concejo de Villa de Leyva y disminuyendo en consecuencia de manera significativa el valor económico del predio.

Solicitó así mismo **que se declare que dichos cambios se efectuaron sin ningún tipo de estudio técnico ni científico que los justificara, motivara o determinara según lo exigido por la Ley aplicable y se efectuaron en contraposición a los criterios científicos y prácticos de desarrollo urbano.**

Así mismo que se declare que se **generó un daño especial por la ausencia de fundamento técnico y científico requerido por la Ley, que implica un daño antijurídico.** Igualmente que se declare que se generó una pérdida de valor comercial del predio referido de propiedad de la sociedad demandante o minusvalía del mismo equivalente cuando menos a cuatro mil setecientos noventa y dos millones quinientos mil pesos ($4.792.500.00) a la fecha de presentación de la demanda.

Pidió también que se declare al demandado, responsable de los daños especiales causados y que se condene a pagar la suma de cuatro mil setecientos noventa y dos millones quinientos mil pesos ($4.792.200.000) o la que se llegare a probar en el proceso, por concepto del daño especial causado a la sociedad demandante mediante los cambios al uso, clasificación y zonificación del suelo del predio "San José" mediante el Acuerdo 021 del 13 de agosto de 2004 del Concejo de Villa de Leyva.

Manifestó, que se condene a la demandada a pagar el reajuste monetario de la suma señalada o la que se llegare a probar en el proceso desde la fecha de la demanda hasta la fecha de proferirse sentencia definitiva dentro del presente proceso. De igual forma, que se condene a pagar intereses moratorios sobre el valor del daño desde la fecha de radicación de la presente demanda hasta la fecha en que efectivamente se produzca el pago de la condena. Y finalmente que se condene al Municipio de Villa de Leyva a pagar las costas y agencias en derecho dentro de este proceso.

1.2. Fundamentos Fácticos (fls. 3- 8)

El apoderado de la actora, adujo que la sociedad demandante es propietaria del predio "San José" de la Vereda Centro de Villa de Leyva con folio de matrícula No. 070- 12583 de la Oficina de Registro de Instrumentos de Tunja y matricula catastral 00-0-012-067 por compra hecha al señor José Santos Pinto mediante escritura pública 5778 de **26 de septiembre de 1978** de la Notaría Cuarta del Circulo de Bogotá.

Que la totalidad del predio "San José" **fue definido como suburbano en cuanto a uso y zonificación** por el artículo primero del Acuerdo 35 de 6 de agosto de 1995 del Concejo Municipal de Villa de Leyva al encontrarse

ubicado dentro del polígono geográfico establecido en el literal B numeral 1 de este artículo. Agregó que la demarcación en cuanto a índices y especificaciones constructivas del predio "San José" según lo dispuesto por el artículo tercero del acuerdo 35 referido, le fue certificada a la Sociedad por la Secretaría de Obras Públicas y Planeación Municipal "María Elena Sainea Escobar" mediante comunicación del 6 de noviembre de 1997.

Refirió que la Sociedad demandante durante más de 14 años canceló impuesto predial bajo la clasificación de suburbano.

Indicó que con fundamento en la demarcación certificada, la demandante el **día 26 de noviembre de 1998**, presentó ante el Alcalde de Villa de Leyva, solicitud de aprobación de un **anteproyecto de parcelación denominado *"condominio Hacienda San José II"*,** con los anexos y certificaciones de disponibilidad de servicios requeridos para la fecha por el reglamento expedido por el municipio. Y agregó que el trámite de aprobación del anteproyecto de parcelación antes referido no fue negado y que para la época se encontraba en curso.

Señaló que mediante el Acuerdo 21 del 13 de agosto de 2004 el Municipio de Villa De Leyva aprobó un Plan Básico de Ordenamiento Territorial. Según el plano de clasificación municipal de suelos "MF8" del acuerdo municipal, el predio "San José" entró a ser clasificado, en cuanto a su porción montañosa, **como Zona de Amortiguación** y, en cuanto a la gran mayoría de la zona plana del predio como **Zona Rural RUA.** Y sostuvo que en consecuencia los usos posibles quedaron drásticamente reducidos para el predio y sus indicadores urbanísticos quedaron igualmente limitados.

Comentó que mediante comunicación del 26 de febrero de 2005, la Secretaría de Planeación del municipio le acreditó la normatividad urbanística aplicable al predio a partir del Acuerdo 21 citado.

Resaltó que ninguna circunstancia en la Vereda "El Centro" o en la antigua zona suburbana del Municipio colindante con el predio "San José", según el Acuerdo 35 de 1995, implicó una variación en la morfología urbanística del entorno que justificara la modificación en la clasificación establecida mediante el Acuerdo 21 de 2004.

Adujo que en respuesta a los derechos de petición formulados por la demandante, el 15 de febrero de 2005 y el 31 de agosto de 2005, fechada del 22 de septiembre de 2005, el Alcalde de Villa de Leyva manifestó expresamente que **no se había realizado por parte del Municipio un Plan de Manejo Ambiental Especial para la Vereda "El Centro" que soportara o**

justificara la creación voluntaria por parte de este ente territorial de la zona de amortiguación del Parque de Iguaque. Y resaltó que en esta misma comunicación reconoció de manera expresa **que el municipio no realizó ningún tipo de estudio técnico-ambiental, económico o urbanístico relativos a la transformación del predio "San José" del suburbano a rural.**

Añadió que en respuesta a derecho de petición radicado por la sociedad demandante ante Corpoboyacá el 15 de febrero de 2005, esta Corporación, manifestó que no era su competencia la realización de estudios ambientales sobre el predio "San José", sino que la misma reposaba de manera exclusiva en el Municipio de Villa de Leyva.

Luego de señalar la ubicación del predio "San José" y los predios con los que colinda, indicó que la reducción de los indicadores de ocupación del suelo, indicadores de construcción, área mínima de lote y máximo de viviendas por hectárea, consagrada por el Acuerdo 21 de 2004 ya citado, afecta las posibilidades de desarrollo urbanístico del predio "San José" y reduce su valor económico en cuanto a la porción plana del predio como en la porción montañosa.

Agregó que el valor del metro cuadrado de zona plana, pasó de tener un precio de mercado de veinte mil pesos ($20.000) por metro cuadrado a cinco mil pesos ($5.000) por metro cuadrado y en la zona montañosa paso de tener un precio de mercado de $2.000 a $500. En tal sentido concluyó que el daño especial padecido por la sociedad demandante se representa, de acuerdo con la disminución de los precios por metro cuadrado en una pérdida de valor del lote o minusvalía del mismo de cuatro mil setecientos noventa y dos millones quinientos mil pesos ($4.792.500.000).

Resaltó que el daño sufrido es cierto, concreto y determinado y que la desvaloración del predio impone una carga a la actora que no tiene el deber jurídico de soportar y que es desproporcionada frente a las que soportan los restantes predios y propietarios del municipio. Así mismo que **la ausencia de fundamento técnico ambiental, económico o urbanístico, hace que el daño extraordinario que se obliga a la actora a soportar sea antijurídico**. Finalmente, indicó que la relación de causalidad entre la promulgación del Acuerdo 21 de 2004 y la pérdida de valor del predio es directa e incuestionable por cuanto no existe ninguna variación en la situación del mismo que de otra forma justifique la minusvalía padecida.

1.3. Fundamentos de Derecho (fl. 8)

Señaló que la acción se fundamenta en cuanto al **principio de responsabilidad indemnizatoria por daño especial** por parte del Estado en el desarrollo de sus actividades en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. El artículo 48 de la Ley 388 de 1997 impone en los temas de desarrollo urbanístico el principio indemnizatorio en los eventos en que se impongan cargas de conservación. El parágrafo 2 del artículo primero de la Ley 507 de 1999, el numeral 3 del artículo segundo de la ley 388 de 1997, artículo 38 de la ley 388 de 1997, que reconocen dentro de la normativa que regula la acción del Estado y sus entes territoriales en temas urbanísticos la necesidad de mantener un balance y una compensación en la imposición de cargas a los particulares.

Así mismo, los artículos 73 a 90 de la Ley 388 de 1997 que reconocen a favor del Estado y sus entes territoriales la posibilidad de determinar la creación de plusvalía en cabeza de los particulares derivada de la modificación de clasificaciones del suelo que aumenten sus índices de ocupación, construcción o desarrollo y por este mecanismo poner en marcha y satisfacer una pretensión rentística especifica.

2. TRÁMITE

La demanda fue presentada el once (11) de agosto de dos mil seis (2006) (fl. 101); mediante auto de fecha veinticuatro (24) de octubre de dos mil seis (2006), se admitió, ordenando la correspondiente notificación personal a la demandada (fls. 103-104). Se fijó en lista por el término de diez (10) días desde el veintiocho (28) de noviembre de dos mil seis (2006) hasta el doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006) (fl. 115). La parte demandada contestó la demanda dentro del término legal (fl. 116-124).

Se decidió sobre las pruebas solicitadas por la parte demandante, por auto del once (11) de abril de dos mil siete (2007) (fl. 127- 128). Finalmente, se corrió traslado para alegar de conclusión a través de auto del dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) (fl. 684).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Municipio de Villa de Leyva, allegó escrito contestando la demanda, en los siguientes términos:

En cuanto a las pretensiones, analizó cada una de ellas por separado manifestando en cuanto a la primera que se opone, que el Acuerdo No. 021 del 13 de agosto de 2004 y por el cual se adopta el Plan Básico de Ordenamiento Territorial- PBOT del Municipio de Villa de Leyva, fue el producto de una serie de reuniones y concertaciones. Agregó que este tiene por objeto reglamentar en debida forma el uso y explotación de los predios y que eso aconteció en el Municipio de Villa de Leyva, pues en relación con el Acuerdo No. 035 de 1995, el hecho de que hubiese en su artículo primero literal B, establecido para las zonas suburbanas una delimitación, está en sí misma, no era autónoma ni generaba ningún derecho, pues estaba sometida o condicionada a la expedición de certificaciones técnicas para una adecuada explotación de los predios o para su eventual parcelación, y que precisamente, estos requisitos jamás los reunió el demandante.

Señaló también, que no podía ni puede afectarse una zona de restricción especialmente protegida, máxime cuando durante más de ocho años se adelantaron las conversaciones, concertaciones y socialización de los estudios técnicos y de impacto para efectos de poder aprobar el PBOT del municipio y que solo hasta cuando se cumplieron estos requisitos, CORPOBOYACÁ dio vía libre para aprobar lo que se constituyó en el Acuerdo Municipal que como Acto Administrativo fue debidamente publicitado y jamás fue objeto de recurso ni de demanda administrativa por violación o afectación legal.

De otro lado, se opuso a la segunda pretensión, aduciendo que no es cierto que el Acuerdo No. 021 de 13 de agosto de 2004, se hubiese efectuado sin ningún tipo de estudio técnico ni científico que lo justificara, y que al contrario, se realizaron estudios que obran en CORPOBOYACÁ y que los aprobó en asuntos ambientales.

Frente a la pretensión tercera, adujo que **no se generó un daño especial por la supuesta ausencia de estudios técnicos y científicos requeridos por la Ley, pues de haber sido así el Acuerdo Municipal debió ser atacado de nulidad ya por falsa motivación, o por expedición ilegal, y ninguna de estas circunstancias se alegaron por los hoy demandantes**, y que en su sentir, mal pueden pretender atacar en reparación directa, las consecuencias de un acto administrativo que quedó debidamente ejecutoriado y en firme.

En cuanto a la pretensión cuarta, señaló que se opone por considerar que ningún daño se le ha efectuado a los predios de la entidad demandante, y mucho menos en la hipotética suma que presenta el actor. A la

pretensión quinta, argumentó que se opone a la declaratoria de responsabilidad en contra del Municipio de Villa de Leyva, por la supuesta causación de daños especiales. En el mismo sentido, se puso a la pretensión 6, considerando que se acumula indebidamente con la numero 4., puesto que se está pretendiendo dos veces el mismo cobro. Y como consecuencia de lo anterior, se opuso a la pretensión 7.

Frente a la pretensión 8 adujo que se opone al pago de cualquier interés, y adujo que lo pretendido es violatorio de los artículos 176,177 y 178 del C.C.A. Finalmente, se opuso a la pretensión 9 y solicitó se condene al actor por temerario.

Ahora bien, en cuanto a los hechos expuso que algunos son ciertos, algunos que no le constan y algunos que se atiene a lo que resulte probado.

Frente a los fundamentos de derecho de la demanda, consideró que no se violó ninguna de las disposiciones allí citadas y aseveró, que al contrario, es el demandante quien desconoce los efectos de los actos administrativos y la posibilidad incluso de atacar los mismos. Adujo que la demandada, obró de acuerdo con las leyes vigentes para el momento, como fueron Ley 136 de 1994, Ley 388 de 1997 y produjo actos administrativos que están en firme y que por ende, son de forzoso cumplimiento para la administración municipal y para los administrados, no pudiendo existir preferencias por razón de supuestas condiciones especiales.

Propuso como excepción la que **denominó *"falta de legitimación en la causa por activa"*** la cual argumentó en los siguientes términos: Adujo que la demarcación no indica derecho alguno, sino el lugar o ubicación de un predio con sus potencialidades pero jamás constituye derecho y obligación para la expedición de licencias de construcción, y aclaró que el trámite de las licencias es autónomo y debe cumplir con ciertos requisitos, requisitos que no llenaba el demandante.

Indicó que la demarcación es corta, de tan solo dos años, todo esto porque está sometida a continuas revisiones, así mismo la vida de las licencias de construcción es de tan solo seis meses, al cabo de los cuales fenecen.

Finalmente alegó la presunción de legalidad del Acuerdo No. 021 de 13 de agosto de 2004 y por el cual se adoptó el PBOT del Municipio de Villa de Leyva, pues sostuvo que fue el producto de estudios serios, de concertaciones y socializaciones tal como lo indicaba la Ley 388, así las

cosas este acto administrativo que jamás fue atacado, prima sobre cualquier otra disposición y es de obligatorio cumplimiento tanto para la administración municipal como para los administrados y el mismo se encuentra vigente.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. PARTE DEMANDANTE (fl.732-744)

El apoderado de la parte actora, allegó escrito de alegatos de conclusión dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

Manifestó que la demandante **no ha pretendido afectar la legalidad del Acuerdo 21 de 13 de agosto de 2004 del Concejo Municipal de Villa de Leyva, mediante el cual se aprobó el plan básico de ordenamiento territorial (PBOT) de dicho Municipio, sino obtener, bajo la doctrina del daño especial, el resarcimiento de daños tangibles y concretos inferidos a la sociedad demandante y a sus sucesores procesales por cuenta del ejercicio lícito de la facultad constitucional** de ordenar el territorio en cabeza del Municipio que les impuso una carga extraordinaria como propietarios reflejada en la significativa pérdida de valor comercial del inmueble de su propiedad.

Señaló que los actores, primero la Sociedad E. Gómez y Cia. S. en C. en liquidación, y luego sus socios adquirentes han padecido como propietarios el desmedro de su patrimonio con el cambio de uso urbanístico, de sub urbano a rural, mediante el PBOT aprobado mediante el Acuerdo 21 de 13 de agosto de 2004 del Concejo Municipal de Villa de Leyva, y son por ello titulares validos de la presente acción.

Señaló igualmente que se encuentra acreditado el cambio de zonificación o uso urbanístico del predio, y la afectación sustantiva de los indicadores de desarrollo y parcelación objetivos del predio "San José" y que así mismo, está comprobado el daño económico causado por la demandada por la pérdida del valor del bien, que implica una carga anormal para el demandante y una ruptura antijurídica del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Señaló también que están probados los presupuestos esenciales del daño especial, por cuanto reitera su solicitud de condenar al Municipio a indemnizar de la forma en que han sido probados en los dictámenes que obran como prueba. Frente al dictamen adujo que no es procedente la

objeción por **error grave** y debe considerarse ratificada su estimación económica.

Finalmente ratificó su solicitud de conceder las pretensiones de la demanda incluyendo la mora sobre el valor del daño económico por pérdida de valor comercial probado en el proceso, por los perjuicios adicionales a la pérdida de valor patrimonial que han padecido los demandantes.

5.2. PARTE DEMANDADA (fl. 745-760)

El apoderado del Municipio de Villa de Leyva, allegó escrito de alegatos de conclusión, manifestando los argumentos por los cuales consideró que no existe mérito para acceder a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

Ineptitud Sustancial de la Demanda por Indebida Escogencia de la Acción: **adujo que el actor lo que realmente pretende es la ilegalidad del Acuerdo por falsa motivación o desviación de poder**, no siendo entonces la acción de reparación directa la acción procedente para controvertir un acto administrativo. En tal sentido, afirmó que el actor debió haber demandado vía acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Y para soportar su postura, agregó que la Sociedad demandante, **de forma paralela lleva una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra con radicado N. 2008-00179, en donde se pretende la reparación de daños por la modificación efectuada por el Acuerdo 021 de 2004 respecto del mismo predio y por los mismos hechos, resultando "una estrategia GANA – GANA en detrimento de principios elementales del derecho".**

Alegó así mismo la *inexistencia de derechos adquiridos- acto administrativo de carácter general- prevalencia del interés general sobre el particular:* adujo que el Plan de Ordenamiento Territorial como instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal, está contenido en una norma de carácter general, que regula elementos que materializan un interés- igualmente de carácter general, que en consecuencia no es generador de daños en razón al interés que protege.

Concluyó que las condiciones iniciales del Acuerdo 035 y modificadas por el Acuerdo 021 de 2004 no generaron en el accionante derecho adquirido alguno y que así mismo **no existió licencia alguna para proyecto urbanístico, solo se trató de un anteproyecto, el cual no generó hecho cierto alguno.**

Alegó también la *Inexistencia de los elementos para la aplicación de la teoría del daño especial.* Adujo que jurisprudencialmente se ha indicado que para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, en ellos, que se desarrolle una actividad legítima de la administración.

Aclaró que con la expedición del Acuerdo 021 de 2004 no se produce daño alguno, pues se trata de una norma general que se expide en desarrollo de intereses de carácter general, con prevalencia sobre intereses de carácter particular, sobre hechos que no se constituyen en derechos adquiridos. Y resaltó que el ordenamiento del territorio constituye una función pública cuyo objeto consiste en establecer los procesos de cambio de usos del suelo en su jurisdicción, acorde con el interés general y el logro de la función social y ecológica de la propiedad.

Alegó la *inexistencia de daño* considerando que al no estar facultada para adelantar actividades determinadas en su objeto social, no le era factible gestionar o tramitar anteproyecto o proyecto alguno de urbanismo, y en aplicación de la lógica formal, no le es posible alegar la existencia de daño por no encontrar habilitación legal que así lo determine. Agregó que la evidencia demuestra que la solicitud de trámite de licencia de urbanismo y condominio es de **fecha de 26 de noviembre de 1998,** es decir, más de dos años después de inscrita la disolución de la sociedad y su ingreso a la fase de liquidación razón por la que no puede iniciar nuevas operaciones e desarrollo de su objeto, la entidad demandante no tenía facultad alguna para el trámite de anteproyectos ni proyectos de construcción, ni trámites de licencias ambientales para el desarrollo de los mentados anteproyectos urbanísticos.

Invocó también el *Incumplimiento del actor del deber de probar el presupuesto sobre el cual funda sus pretensiones.* Luego de hacer un recuento legal sobre la figura de carga de la prueba, aseguró que del acervo probatorio allegado al proceso, se evidencia el incumplimiento al deber probatorio exigido en virtud del artículo 177 del CPC a la parte demandante.

Sobre la prueba pericial adujo que resulta una prueba inocua, y reiteró que la expedición del plan de ordenamiento territorial en su condición de norma de carácter general no causa daño, en razón al interés que protege e inaplicable para resolver el caso, porque se trata de una prueba fuera de todo contexto técnico, como de manera extensa se argumenta en las objeciones a los dictámenes del suscrito. Así mismo resaltó que tal

prueba parte de un análisis formal de las cosas, bajo consideraciones subjetivas apartadas de la legalidad.

Finalmente, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda, excluyendo o exonerando de cualquier responsabilidad al Municipio de Villa de Leyva.

5.3. MINISTERIO PÚBLICO: Guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite del proceso ordinario, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

1 EXCEPCIÓN

Previamente a resolver de fondo el asunto, encuentra la Sala necesario estudiar la excepción de indebida escogencia de la acción incoada por la **Sociedad E Gómez y Cia S en C en liquidación**, teniendo en cuenta que en el escrito introductorio se cuestionó el **Acuerdo 021 de 2004** por el cual se aprobó el Plan Básico de Ordenamiento Territorial.

Al respecto, cabe recordar que para acceder al trámite de una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es menester que el demandante escoja la vía procesal adecuada para buscar que prosperen sus pretensiones, escogencia que depende de la **causa generadora del daño cuyo restablecimiento se pretende**, teniendo en cuenta que cada una de las vías procesales consagradas por el ordenamiento jurídico persigue una finalidad específica[1]. Lo anterior se concreta en que el adecuado ejercicio de las vías procesales para demandar, es un requisito sustancial indispensable para que se pueda analizar de fondo un determinado caso[2].

De la misma manera, revisada la normatividad que gobiernan las acciones contenciosas administrativas[3] y el análisis jurisprudencial que de ellas se ha realizado, vale la pena recordar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene por objeto desvirtuar la presunción de

---

[1] *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN "B"., 31 de mayo de 2016, Radicación: 25000232600020060145201, Expediente: 38820, Actor: Flota San Vicente S.A., Demandado: Nación-Ministerio de Transporte, Naturaleza: Acción de reparación directa, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.*

[2] *Providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: auto del 22 de mayo de 2003, exp. 2002-00084 (23532), C.P. Ricardo Hoyos Duque; auto del 30 de marzo de 2006, exp. 2005-00187 (31789), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia del 22 de agosto de 2011, exp. 1998-01456 (19787), C.P. Danilo Rojas Betancourth*

[3] *Artículos 85 Y 86 del CCA"*

legalidad que cobija un acto administrativo y, consecuencialmente, obtener la indemnización de los perjuicios que dicho acto haya podido causar durante el tiempo en que permaneció vigente. Por su parte, la acción de reparación directa persigue la indemnización de los daños causados por "*un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos*" o, en la modificación aportada por la Ley 446 de 1998, "*por cualquier otra causa*", como sería aquella consistente en la ruptura del principio de la igualdad frente a las cargas públicas por un acto legal.[4]

Sea de rescatar *in extenso* de reciente providencia del Consejo de Estado, la diferencia de las acciones procedentes para reclamar los perjuicios derivados de actos administrativos. Al respecto, sostuvo:

> *". La jurisprudencia de la Sección ha diferenciado las acciones procedentes para reclamar la reparación de los perjuicios derivados de actos administrativos, así: (i) cuando se controvierte la legalidad del acto, por considerar que el mismo fue expedido con desviación de poder, falsa motivación, falta de competencia, etc., la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho; y (ii)* ***cuando se alega que el acto administrativo le impone a la persona una carga excepcional que rompe el equilibrio frente a las cargas públicas, pero no se formula contra aquel reproche alguno, la acción procedente es la de reparación directa***:
>
> *La jurisprudencia nacional[5] de vieja data ha indicado que si el perjuicio tuvo origen en una actividad lícita de la administración como es la que se desprende de la ejecución de un acto administrativo cuya legalidad no se discute, es posible reclamarlo mediante el ejercicio de la acción de reparación directa en la medida en que se configura un daño especial (Bonnard). De modo que no es forzoso reclamar, mediante el contencioso subjetivo, la indemnización proveniente de*

---

[4] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN "B", Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth., 5 de abril de 2017, Expediente: 38622, Radicado:25000232600020070068801

5 Nota original de la sentencia citada: La Corte Suprema de Justicia en uno de los primeros pronunciamientos en materia de responsabilidad extracontractual del Estado precisó: "La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la ley. Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona, resultante de la actividad o gestión del servicio público, ha de ser adecuadamente reparado" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE NEGOCIOS GENERALES, Sentencia de 3 de agosto de 1949). // A su turno el Consejo de Estado la Sección Tercera dos décadas después señaló: "La responsabilidad estatal bien puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetivos específicos del Estado definen de por sí tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiera un texto expreso en que se dijera para qué están instituidas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe un artículo constitucional - bello artículo, lo llama el señor Samper-, en que expresamente se declaran los altos fines de esas autoridades. Intranscendente parece ese precepto; pero no es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que el poder público ha sido y puede ser convertido en objeto patrimonial de familia, de grupo, de clase o de partidos. // "Lo de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural, de aquellos que han de servir para ilustrar a la Constitución, según las previsiones del artículo 4° de la Ley 153 de 1887, formuladas, por cierto, con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado francés se decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su jurisprudencia (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 17 de noviembre de 1967).

actos administrativos expedidos con arreglo a la Constitución y la ley y cuya legalidad no se controvierte, sobre la base de que al imponerse al administrado una carga especial que no tiene por qué padecer se presenta un rompimiento del equilibrio en las cargas públicas, idea inserta en la conciencia jurídica moderna (Duez) como una expresión del principio general de igualdad ante la ley[6] (isonomía).

(...)

De modo que aun la actividad estatal legítima "tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente"[7] -esto es, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales- puede ocasionar al administrado un daño anormal, superior al que deben sufrir otros colocados en idénticas condiciones, que por lo mismo excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe soportar, entraña el rompimiento de la "equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado"[8] y compromete así la responsabilidad patrimonial de la administración pública:

"Para la Sala es incuestionable que el perjuicio que eventualmente se le haya generado al demandante tuvo origen en una actividad lícita de la administración, cual fue la expedición del Plan de Ordenamiento Territorial por parte del Concejo Municipal de Pasto, adoptado mediante el Acuerdo 007 del 30 de junio de 2000, lo que significa que el eventual daño tuvo como consecuencia directa una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores, pero que, pese a esa legitimidad, el demandante habría soportado una carga excepcional o un sacrifico mayor que rompió la igualdad frente a las cargas públicas, cuyo resarcimiento es posible reclamarlo mediante el ejercicio de la acción de reparación directa.

"Importa señalar que esta postura sólo tiene aplicación en aquellos casos en que la legalidad del acto administrativo generador del perjuicio no se cuestiona en la demanda, como sucede en el caso bajo estudio, pues no hay duda que si la misma hubiera sido controvertida, como parece haberlo entendido el a quo, es evidente que la acción de reparación directa no habría resultado apropiada para obtener la indemnización respectiva, como sí la de nulidad y restablecimiento del derecho a que alude el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

"Así las cosas, erró el tribunal al estimar que si los perjuicios cuya indemnización se reclamaba derivaban de un acto administrativo,

---

6 *Nota original de la sentencia citada: Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINSITRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 11 de abril de 1978, Exp. 1567, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 30 de enero de 1987, Exp. 4493, Actor Bertha María Martínez, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 28 de julio de 1987, Exp. 4983, actor Tiberio Restrepo Álvarez, C.P. Carlos Betancur Jaramillo: "cuando se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas porque éstas exceden las conveniencias generales y normales, el Estado estará obligado al resarcimiento a nombre de todos para, así sea patrimonialmente, restablecer el principio aludido".*

7 *Nota original de la sentencia citada: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 28 de octubre de 1976, Exp. 1482, Actor: Banco Bananero del Magdalena, C.P. Jorge Valencia Arango.*

8 *Nota original de la sentencia citada: Ibid.*

forzosamente debían reclamarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues como quedó visto, es perfectamente posible que de decisiones proferidas por la administración con apego a la Constitución y a la Ley, se deriven perjuicios para los administrados, los cuales constituyen un daño especial resarcible mediante la acción de reparación directa."[9] *(se subraya)*

Así la Sala ha entendido que por regla general (de modo que por vía excepcional sí es factible) no es posible buscar la declaración de responsabilidad por el acto reglamentario dado justamente el principio de igualdad de los administrados frente a las cargas públicas: "el arancel o cualquier tributo se modifica mediante actos reglas para todas aquellas personas que estén en las mismas condiciones. Son las cargas inherentes que deben sufrirse por vivir en sociedad".[10]

La Sala al estudiar la posibilidad de demandar los daños provenientes de un acto administrativo preparatorio o de trámite puso de relieve que "la anormalidad del perjuicio no surge de la ilegalidad de la conducta que lo causa; bien puede existir un daño antijurídico producido por una actuación cumplida conforme a derecho, o un daño no antijurídico producido por una actuación ilegal"[11] *(se destaca).*

...
Sobre la responsabilidad de la administración pública por actos administrativos legales, recientemente la Sala subrayó que cuando la acción se interpone con ocasión del rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, como sucede cuando un inmueble es declarado patrimonio arquitectónico, lo cual comporta no poder disponer del mismo libremente, habida consideración que tiene la obligación de conservar su estructura en beneficio de la comunidad, la acción de reparación directa resulta procedente. Dijo la Sala:

"Los actos administrativos, como expresión de la voluntad de la Administración Pública con la finalidad de producir efectos jurídicos, deben basarse en el principio de legalidad, el cual se constituye en un deber ser: que las autoridades sometan su actividad al ordenamiento jurídico. Pero es posible que en la realidad la Administración viole ese deber ser, es decir, que no someta su actividad al ordenamiento legal, sino que, por el contrario, atente contra él. Se habla, en este caso, de los actos y actividades ilegales de la Administración y aparece, en consecuencia, la necesidad de establecer controles para evitar que se produzcan esas ilegalidades o, para el caso en que ellas lleguen a producirse, que no tengan efectos o que, por lo menos, los efectos no continúen produciéndose y se indemnicen los daños que pudieron

---

9 Nota original de la sentencia citada: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Auto de 19 de febrero de 2004, Rad. 52001-23-31-000-2002-01264-01(24027), actor: Oscar Rosero de la Rosa, Demandado: Municipio de Pasto, C. P. German Rodríguez Villamizar.

10 Nota original de la sentencia citada: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 30 de septiembre de 1983, Exp. 3178, Actor Hojalata y Laminados S.A., C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

11 Nota original de la sentencia citada: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 27 de septiembre de 2000, Exp. 11601, Actor: Ana Ethel Moncayo de Rojas y otras, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

producirse[12]. ***Cuando ello pasa y quien se encuentre afectado con la decisión administrativa alegue la causación de un perjuicio derivado de la ilicitud o ilegalidad de la misma, las acciones procedentes son las acciones de nulidad o también llamadas acciones de legalidad o de impugnación. Sin embargo, cuando esto no sucede, es decir, no se discute la validez del acto administrativo, y sólo se alega la causación de perjuicios, la acción procedente es la de reparación directa.***"[13] *(se subraya)*

Por manera que, vista la evolución jurisprudencial en punto de responsabilidad por el Estado-Regulador, sea este constitucional, legal o administrativo, la jurisprudencia vigente de esta Corporación se inclina decididamente por admitir la procedencia de la acción de reparación directa cuando quiera que no se cuestiona la "legitimidad" del acto normativo causante del desequilibrio ante las cargas públicas[14].

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación que se acaba de citar, hay lugar a concluir que en los eventos en los que se alegan daños causados por la administración al propietario de un inmueble, por no poder destinarlo a adelantar un proyecto urbanístico, el afectado puede: (i) adelantar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el acto administrativo mediante el cual se limite o niegue su derecho esté viciado, por haber sido expedido sin competencia, con falsa motivación, desviación de poder, o cualquiera otra causa que lo invalide; (ii) ejercer la acción de reparación directa, cuando considere que el acto no merece reproche, pero le genera un daño particular, que rompe el equilibrio frente a las cargas públicas, como en los eventos en los que se declara el inmueble como un bien de interés patrimonial y de conservación, declaratoria que le impide disponer libremente del bien y que puede afectar sus intereses económicos. Ahora, cuando el daño no se hace derivar de un acto sino de un hecho, omisión u operación administrativa, no hay discusión en cuanto a que la acción procedente para reclamar la reparación de los daños aducidos por el demandante es la de reparación directa. "[15]

En ese orden de ideas, el trámite de cada una de dichas acciones posee exigencias diferentes que deben ser advertidas en la formulación de la demanda, unas de índole procesal, y otras de índole sustancial como la fuente del daño, siendo el criterio relevante de distinción de las demandas indemnizatorias; se itera, la nulidad y restablecimiento del derecho será la acción adecuada cuando el daño proviene de la ilegalidad de actos

---

12 *Nota original de la sentencia citada: LIBARDO RODRIGUEZ R. "Derecho Administrativo General y Colombiano". Décimo Tercera Edición. Edt. Temis. Bogotá. 2002.*

13 *Nota original de la sentencia citada: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 27 de abril de 2006, Exp. No. 16.079, Rad. 19001-23-31-000-1996-07005-01, Actor: María del Rosario Arias Vallejo, Demandado: Municipio de Popayán, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.*

14 *Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, exp.16.421, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.*

15 *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA., primero (1°) de junio de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 73001 23 31 000 2011 00416 01 (43300)*

administrativos, y la reparación directa cuando el daño sea producto de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o, por cualquier otra causa.

Ahora bien, en principio le corresponde al demandante interponer la acción adecuada a sus pretensiones y conforme al daño irrogado, y luego entonces, es el juez quien debe estar presto para examinar el *petitum* y la causa petendi de la acción interpuesta, para establecer la fuente del daño cuya indemnización se reclama, y concretar por tanto, la debida escogencia de la acción, lo cual puede ocurrir en cualquier etapa del proceso, esto es, inclusive al momento de resolver de fondo el asunto.

El órgano vértice de lo contencioso administrativo, al respecto, ha advertido:

> *"...cuando el actor escoge una vía inadecuada para perseguir la indemnización de los perjuicios que le han sido irrogados, es procedente el rechazo de la demanda si ésta no se ha admitido, o la expedición de un fallo inhibitorio cuando el defecto sustantivo presente en el libelo introductorio no ha sido advertido por el juez en una etapa procesal anterior. Así, en la sentencia del 28 de abril de 2010 adujo la Sala lo siguiente:*
> *Cabe destacar que el artículo 85 del C.C.A., regula la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que, quien se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, pida la anulación del acto administrativo que hubiere determinado la vulneración y a la vez pida también el restablecimiento de su derecho, en el entendido de que la prosperidad de sus pretensiones dependerá de las pruebas que se aporten, oportuna y debidamente, para acreditar tanto la alegada ilegalidad como el deprecado restablecimiento del derecho que se alegue como vulnerado.*
> *Por tanto, no resulta procedente que se adelante un proceso en ejercicio de la acción de reparación directa cuando el presunto daño proviene de la alegada ilegalidad de un acto administrativo, máxime cuando la correspondiente acción, como ocurrió en el caso concreto, hubiere caducado; este fenómeno no hace viable el ejercicio de una acción diferente a la que por ley corresponde.*
> *La acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., está concebida para demandar la reparación del daño derivado de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos –o por cualquiera otra causa-, siempre que esta última no consista en un acto administrativo, porque cuando éste es fuente de un daño, se reitera, la ley prevé como acción generalmente pertinente, la de nulidad y restablecimiento del derecho.*
>
> *Por todo lo anterior, la Sala encuentra demostrada la indebida escogencia de la acción, que hace improcedente un*

> *pronunciamiento de fondo comoquiera que la adecuada escogencia de la acción constituye presupuesto de la sentencia de mérito.*
> *Al efecto cabe tener en cuenta que esta Corporación* (sic)[16] *ha precisado que persisten algunos requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo, como lo es que la acción contencioso administrativa se ejerza con sujeción a los requisitos que prevé la ley para su procedencia*[17]*, sin perjuicio de que, como lo explica la doctrina, el juez cumpla con la obligación "de declarar la razón por la cual no puede proveer"*[18],[19].

Al descender al caso concreto, la Sala encuentra demostrada la indebida escogencia de la acción, conforme a lo siguiente:

.- La Sociedad demandante pretende se les reconozca una indemnización por la pérdida económica del predio de su propiedad, generado por los cambios de uso, clasificación y zonificación conforme lo dispuso el **Acuerdo 021 del 13 de agosto de 2004**.

.- Se invocó como acción, la reparación directa, alegando *daño especial* causado por la emisión del acto administrativo – Acuerdo 021 del 13 de agosto de 2004- por cuanto este presuntamente limitó de manera drástica y radical los usos y los posibles desarrollos urbanísticos previamente establecidos para dicho predio por el Acuerdo 035 de 1995.

.- Sin embargo, como fundamento del daño, en las pretensiones de la demanda, deja ver que obedece a:

> i) *"... que los cambios al uso, clasificación y zonificación del suelo del predio "San José" impuestos mediante el acuerdo 021 del 13 de Agosto de 2004 del Concejo de Villa de Leyva, se efectuaron sin ningún tipo de estudio técnico ni científico que los justificara, motivara o determinara según lo exigido por la ley aplicable y se efectuaron en contraposición a los criterios científicos y prácticos de desarrollo urbano"* (pretensión No. 2).
>
> ii) *"... que los cambios al uso, clasificación y zonificación del sueldo del predio "San José" impuestos mediante el acuerdo 021 del 13 de Agosto de 2004 del Concejo de Villa de Leyva, generan un daño especial que dada la ausencia de fundamento técnico y científico requerido por la ley implica que el daño causado es a su vez plenamente antijurídico"* (pretensión No. 3) (resaltado fuera de texto)

.- Además, en la narración de los hechos se evidencia que:

> *"14. Ninguna circunstancia en la vereda el Centro o en la antigua zona suburbana del municipio colindante con el predio "San José" según el*

---

[16] *[4] "Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de enero de 1976".*
[17] *[5] "Sección Tercera, sentencia 20746 del 4 de julio de 2002".*
[18] *[6] "José Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, Editorial Reus S.A., Madrid 1977, tomo I, págs. 125 y 126".*
[19] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, exp.1997-00207 (17811), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.*

Acuerdo 35 de 1995, implicó una variación en la morfología urbanística del entorno que justificara la modificación en la clasificación establecida mediante el Acuerdo 021 de 2004"

"15. En respuesta a los derechos de petición formulados por la demandante el 15 de febrero de 2005 y el 31 de agosto de 2005, fechada el 22 de septiembre de 2005, el alcalde de Villa de Leyva manifestó expresamente que no se había realizado por parte del municipio un plan de manejo ambiental especial para la Vereda El Centro ***que soportara o justificará la creación*** *voluntaria por parte de este ente territorial de la zona de amortiguación del Parque de Iguaque.*

16. En la misma comunicación del 22 de septiembre de 2005 el alcalde de Villa de Leyva reconoce de manera expresa que el municipio no realizó ningún tipo de estudio técnico – ambiental, económico o urbanístico relativos a la trasformación del predio "San José" de suburbano a rural"

17. En respuesta a derecho de petición radicado por la sociedad demandante ante Corpoboyaca el 15 de febrero de 2005, esta corporación manifestó que no era su competencia la realización de estudios ambientales sobre el predio "San José" sino que la misma rebosaba de manera exclusiva en el municipio de Villa de Leyva.

20. El predio "San José" se encuentra ubicado a 7 cuadras de la plaza principal de Villa de Leyva, en plena colindancia repito, con predios de morfología y densidad plenamente urbanas, por lo cual su tipificación como predio rural es inconsistente con la morfología de los predios que lo rodean y rompe el anillo de predios suburbanos creado por el mismo Acuerdo 21 de 2004.

...
27. La ausencia de fundamento técnico ambiental, económico o urbanístico para el cambio de clasificación predial señalado por el Acuerdo 021 de 2004 hace que el daño extraordinario que se obliga a mi representada a soportar sea antijurídico" (fl.3-9) (subraya y negrilla fuera de texto

Así las cosas, como bien lo argumenta la parte demandada en el escrito de alegatos, la fuente del daño en el *sub lite*, es la decisión de la administración mediante la cual se cambió el uso, clasificación y zonificación del predio "San José", la cual está contenida en un acto administrativo, esto es, en el **Acuerdo No. 021 del 13 de agosto de 2004**.

No se encuentra a ajustado para la Sala la anunciación del demandante, respecto a que la emisión del acuerdo municipal que establece el POT implicó una causación de un **daño especial**, pues si bien es cierto, como en precedencia se anunció, la reparación directa se puede demandar cuando se busca una indemnización por la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas por un acto legal, también es cierto, que en el mismo escrito de demanda, se fue enfático el demandante en **desconocer la legalidad** del Acuerdo 021 de 2004 al señalar que tiene **ausencia de**

fundamento técnico y científico requerido por la ley, que no tiene motivación, o justificación de tipo técnico científico, lo cual lo hace enmarcable en causales de anulación propios de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Aunado a lo anterior, los derechos de petición elevados ante la administración territorial por el demandante, dejan ver su intención para llenarse de razones de índole legal que le permitieran visualizar que el Acuerdo Municipal, estuvo ausente de razones legales para su emisión y ejecución, es decir, que para el demandante el acto administrativo Acuerdo 021 de 2004, esta atiborrado de causales de nulidad que son impropias e inaplicables en la acción escogida.

En igual sentido, dentro del escrito de alegados de la parte demandante (fl. 732-744), si bien inicia su exposición aduciendo que no se ha pretendido afectar la legalidad del Acuerdo No 021 de 2004, sino que lo que se pretende es bajo la doctrina del daño especial, el resarcimiento de daños tangibles y concretos inferidos a la sociedad demandante, encuentra esta instancia que sus alegatos afirman entre otros que: "*... el alcalde de Villa de Leyva en comunicación del 22 de septiembre de 2005 (..) reconoce que no existen estudios técnico ambientales, económicos o urbanísticos que justifique el trato diferente y más gravoso impuesto al Predio San José y a sus propietarios*" (fl. 742).

Para la Sala el daño cuya reparación pretende la Sociedad demandante deviene de la decisión adoptada por la administración a través del Acuerdo de modificó el POT municipal, y **por el cual se cambió el uso, clasificación y zonificación del predio "San José"**, siendo el causante de desvaloración del inmueble, pero porque se fundó dicha voluntad de la administración en ausencia de motivos técnicos, jurídicos, económicos, ambientales y urbanísticos exigidos por la ley para el cambio de uso, clasificación y zonificación del suelo. Nótese que la Sociedad tenía conocimiento del Acuerdo Municipal, al punto que recurrió a derechos de petición para informarse precisamente de los estudios realizados en la zona afectada, llegando al convencimiento conforme las respuestas de las entidades involucradas (Alcaldía y Corpoboyaca), que no existían dichos estudios que sustentaran o recomendaran la exclusión del predio del área del perímetro suburbano del Municipio de Villa de Leyva y por tanto, llegan a ser conforme la integralidad del escrito de demanda, en los fundamentos de su *petitum*.

Así pues, no fue adecuado que la demanda se hubiese formulado bajo la acción de reparación directa, pues no reconoce con la emisión del

Acuerdo Municipal, **el desarrollo de la actividad legítima de la administración,** y que el daño irrogado sea producto del desequilibrio o desigualdad de cargas públicas, sino al contrario advierte una ilegalidad de un acto administrativo soportada en falsa o falta motivación, por cuanto fue expedido sin soporte jurídico, técnico, ambiental y urbanístico exigido por la ley.

De igual manera debe reiterar la Sala que si bien el *petitum* inicial invocó el daño especial como fundamento de las pretensiones, y que es viable la acción de reparación directa ante el desconocimiento de igualdad de las cargas públicas que se puede advertir en un acto legal, lo cierto es que es necesario **que no se cuestione la legalidad de la decisión de la administración, lo cual ocurrió en el caso analizado, lo que desvirtúa el cumplimiento de dicho presupuesto.**

Sobre el anterior aspecto, ha sostenido la jurisprudencia[20]:

> *"En un comienzo la jurisprudencia del Consejo de Estado, no obstante admitir el régimen de responsabilidad por daño especial, indicó que tal tipo de responsabilidad "excluye la derivada de la legalidad del acto administrativo"[21], así lo puso de relieve la Sala en uno de los primeros pronunciamientos sobre esta materia en 1938 con ponencia de Carlos Lozano y Lozano (...)[22].*
>
> *Sin embargo, más adelante la Sala sentó el criterio que hoy domina, conforme al cual la acción de reparación directa es procedente frente a actos administrativos legales.*
>
> *Un primer pronunciamiento tuvo lugar en un evento en que se demandó en nulidad y restablecimiento del derecho un acuerdo municipal que había declarado un inmueble de interés patrimonial y de conservación. Luego de estudiar los diversos cargos de constitucionalidad y legalidad propuestos, y despacharlos negativamente sobre la base de que el acuerdo estaba ajustado al ordenamiento jurídico, la Sección Primera de esta Corporación señaló en forma reiterada:*
>
> *"la Sala estima que el presunto daño que se puede causar por un acto administrativo legal no puede reclamarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como la incoada en el presente caso, dado que el restablecimiento del derecho en ésta tiene, por el contrario, fundamento exclusivo en la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto. Tal pretensión solamente podría deducirse ante esta jurisdicción mediante la acción de reparación directa en la modalidad de responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial."*[23]

---

[20] *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, exp. 1997-03613, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.*
[21] *[16] "CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 28 de octubre de 1976, Exp. 1482, Actor: Banco Bananero del Magdalena, C.P. Jorge Valencia Arango".*
[22] *[17] "CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 7 de abril de 1938, C.P. Carlos Lozano y Lozano".*
[23] *[18] "CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 21 de marzo de 1996, Rad. 3575, Actor: Sociedad Las Mercedes Ltda. Sucesores y Cía. S. En C. S.,C. P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz (...)".*

La jurisprudencia nacional[24] de vieja data ha indicado que si el perjuicio tuvo origen en una actividad lícita de la administración como es la que se desprende de la ejecución de un acto administrativo cuya legalidad no se discute, es posible reclamarlo mediante el ejercicio de la acción de reparación directa en la medida en que se configura un daño especial (Bonnard). De modo que no es forzoso reclamar, mediante el contencioso subjetivo, la indemnización proveniente de actos administrativos expedidos con arreglo a la Constitución y la ley y cuya legalidad no se controvierte, sobre la base de que al imponerse al administrado una carga especial que no tiene por qué padecer se presenta un rompimiento del equilibrio en las cargas públicas (...).

Por manera que la jurisprudencia ha definido al daño especial , como aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva,[25] en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas[26]. De antaño la jurisprudencia de esta Corporación tiene determinado que:

(...)

"para la Sala es incuestionable que el perjuicio que eventualmente se le haya generado al demandante tuvo origen en una actividad lícita de la administración, cual fue la expedición del Plan de Ordenamiento Territorial por parte del Concejo Municipal de Pasto, adoptado mediante el Acuerdo 007 del 30 de junio de 2000, lo que significa que el eventual daño tuvo como consecuencia directa una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores, pero que, pese a esa legitimidad, el demandante habría soportado una carga excepcional o un sacrifico mayor que rompió la igualdad frente a las cargas públicas, cuyo resarcimiento es posible reclamarlo mediante el ejercicio de la acción de reparación directa.

"Importa señalar que esta postura sólo tiene aplicación en aquellos casos en que la legalidad del acto administrativo generador del perjuicio no se cuestiona en la demanda, como sucede en el caso bajo estudio, pues no hay duda que si la misma hubiera sido

---

[24] *[19] "La Corte Suprema de Justicia en uno de los primeros pronunciamientos en materia de responsabilidad extracontractual del Estado precisó: "La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la ley. Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona, resultante de la actividad o gestión del servicio público, ha de ser adecuadamente reparado" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE NEGOCIOS GENERALES, Sentencia de 3 de agosto de 1949) (...)".*

[25] *[21] "CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 23 de mayo de 1973, Exp. 978, Actor: Vitalia Duarte Vda. de Pinilla, C.P. Alonso Castilla Saiz".*

[26] *[22] "CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 20 de febrero de 1989, exp. 4655, C.P. Antonio José de Irisarri: "La existencia del Estado y su funcionamiento implica incomodidades o inconvenientes para los asociados, que éstos deben soportar en aras del bien colectivo en tanto y en cuanto esas incomodidades no sobrepasen un determinado umbral: el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas. Cuando quiera que se quiebre esa igualdad, aun por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerla, resarciendo los perjuicios que de tal manera hayan podido causarle, porque la equidad así lo impone (...) // "Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad. Por ello es quizás aquella en la cual el fundamento mediato de la responsabilidad, que consiste en la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas que campea en la Constitución, opera de manera directa".*

controvertida, como parece haberlo entendido el a quo, es evidente que la acción de reparación directa no habría resultado apropiada para obtener la indemnización respectiva, como sí la de nulidad y restablecimiento del derecho a que alude el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

"Así las cosas, erró el tribunal al estimar que si los perjuicios cuya indemnización se reclamaba derivaban de un acto administrativo, forzosamente debían reclamarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues como quedó visto, es perfectamente posible que de decisiones proferidas por la administración con apego a la Constitución y a la Ley, se deriven perjuicios para los administrados, los cuales constituyen un daño especial resarcible mediante la acción de reparación directa."[27] *(se subraya)*

(...)

La Sala al estudiar la posibilidad de demandar los daños provenientes de un acto administrativo preparatorio o de trámite puso de relieve que "la anormalidad del perjuicio no surge de la ilegalidad de la conducta que lo causa; bien puede existir un daño antijurídico producido por una actuación cumplida conforme a derecho, o un daño no antijurídico producido por una actuación ilegal"[28] *(se destaca).*

(...)

Sobre la responsabilidad de la administración pública por actos administrativos legales, recientemente la Sala subrayó que cuando la acción se interpone con ocasión del rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, como sucede cuando un inmueble es declarado patrimonio arquitectónico, lo cual comporta no poder disponer del mismo libremente, habida consideración que tiene la obligación de conservar su estructura en beneficio de la comunidad, la acción de reparación directa resulta procedente. Dijo la Sala:

"Los actos administrativos, como expresión de la voluntad de la Administración Pública con la finalidad de producir efectos jurídicos, deben basarse en el principio de legalidad, el cual se constituye en un deber ser: que las autoridades sometan su actividad al ordenamiento jurídico. Pero es posible que en la realidad la Administración viole ese deber ser, es decir, que no someta su actividad al ordenamiento legal sino que, por el contrario, atente contra él. Se habla, en este caso, de los actos y actividades ilegales de la Administración y aparece, en consecuencia, la necesidad de establecer controles para evitar que se produzcan esas ilegalidades o para el caso en que ellas lleguen a producirse, que no tengan efectos o que, por lo menos, los efectos no continúen produciéndose y se indemnicen los daños que pudieron producirse[29]*. Cuando ello pasa y quien se encuentre afectado con la decisión administrativa alegue la causación de un perjuicio derivado de la ilicitud o ilegalidad de la misma, las acciones procedentes son las acciones de nulidad o también llamadas acciones de legalidad o de impugnación. Sin embargo, cuando esto no sucede, es decir, no se*

---

[27] *[26] "CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 19 de febrero de 2004, Rad. 52001-23-31-000-2002-01264-01(24027), actor: Óscar Rosero de la Rosa, Demandado: Municipio de Pasto, C. P. German Rodríguez Villamizar".*

[28] *[28] "CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 27 de septiembre de 2000, Exp. 11601, Actor: Ana Ethel Moncayo de Rojas y otros, M.P. Alier E. Hernández Enríquez".*

[29] *[30] "LIBARDO RODRÍGUEZ R. "Derecho Administrativo General y Colombiano". Décimo Tercera Edición. Edt. Temis. Bogotá. 2002".*

discute la validez del acto administrativo, y sólo se alega la causación de perjuicios, la acción procedente es la de reparación directa"[30] *(se subraya).*

Por manera que, vista la evolución jurisprudencial en punto de responsabilidad por el Estado-Regulador, sea este constitucional, legal o administrativo, la jurisprudencia vigente de esta Corporación se inclina decididamente por admitir la procedencia de la acción de reparación directa cuando quiera que no se cuestiona la "legitimidad" del acto normativo causante del desequilibrio ante las cargas públicas (resaltado del texto).

A lo sumo, y de conformidad a lo expuesto, la decisión administrativa que encuentra cuestionable el demandante debe ser controvertida a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no por la acción de reparación directa como ocurre en el *sub lite*, lo cual lleva a que se configure la ineptitud de la demanda por la indebida escogencia de la acción, y por ende, la Sala no pueda resolver de fondo el asunto, inhibiéndose para fallar de mérito.

3. COSTAS

No se condenará en costas en esta instancia, toda vez que las partes se limitaron al ejercicio de los derechos y actuaciones procesales pertinentes y no se observó una conducta dilatoria o de mala fe, según lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

D E C I S I Ó N

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR de oficio excepción de **INEPTA DEMANDA** por indebida escogencia de la acción y, en consecuencia, **INHIBIRSE** para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones de rigor.

---

[30] *[31] "CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 27 de abril de 2006, Exp. No. 16.079, Rad. 19001-23-31-000-1996-07005-01, Actor: María del Rosario Arias Vallejo, Demandado: Municipio de Popayán, C. P. Ramiro Saavedra Becerra".*

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No.4 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
DESPACHO No. 4

MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 12 DIC 2019

CONTRACTUAL
ACTOR: HECTOR GUZMAN CASTAÑEDA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOPYACA Y OTROS
RADICADO: 15000233100020060317l-00

Estando el proceso para proferir sentencia, estima necesario el Despacho necesario decretar prueba parta mejor proveer, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 213 del C.P.C.A, siendo indispensable contar en el proceso con una documental que permita esclarecer en fondo del asunto a decidir, teniendo en cuenta lo anterior, se

DISPONE:

Por secretaria ofíciese al Departamento De Boyacá –dirección jurídica y de contratación, para que dentro del término de un (1) día, contado a partir del recibo de la correspondiente comunicación, se sirva llegar copia íntegra y legible de la totalidad de los antecedentes administrativos de la declaratoria de la ocurrencia del siniestro del contrato de obra No. 093 del 2000, específicamente lo relacionado con las comunicaciones al contratista frente a la apertura e inicio del procedimiento administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

DEMANDANTE:	EDILBERTO GARCIA
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
REFERENCIA:	15001-23-33-000-**2014-539**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN
ASUNTO:	**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotados los ritos propios de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, profiere la Sala sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor EDILBERTO GARCIA, a través de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP por negar la reliquidación de la mesada pensional del actor.

1.1. DECLARACIONES Y CONDENAS (fls. 3- 5)

Solicitó se declare la nulidad de la **Resolución RDP 019693 del 29 de abril de 2013**, expedida por la UGPP, por medio de la cual se niega la reliquidación de la mesada pensional del demandante. Así mismo, solicitó se declare la nulidad de la **Resolución RDP 029721 de 28 de junio de 2013**, expedida por la demandada, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución RDP019693 de 29 de abril de 2013; Solicitó también declarar la nulidad de la **Resolución RDP 036223 de 9 de agosto de 2013**, expedida por la demandada por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación, confirmando la decisión.

De otro lado, solicitó se declare que el demandante, tiene derecho a que se le reajuste la pensión mensual de vejez, por haber reunido los requisitos legalmente exigidos, incluyendo la totalidad de los conceptos y valores que conforman el promedio mensual devengado entre el 1° de febrero de 2006 y el 30 de enero de 2007. Actualizado con el IPC.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene a la demandada: **i)** a reliquidar y pagar a favor del demandante, la pensión mensual de vejez incluyendo la totalidad de los conceptos y valores que conformaron el promedio mensual devengado entre el 1° de febrero de 2006 y el 30 de enero de 2007, actualizado anualmente con el IPC; **ii)** a pagar a favor del actor, las sumas de dinero que resulten de la diferencia de valor entre el valor que real y legalmente le correspondía al actor y el valor reconocido y pagado hasta la fecha, con anterioridad y por el mismo concepto junto con la indexación de cada una de estas sumas de dinero entre la fecha en que debió pagarse y aquella en que quede en firme la sentencia y a partir de allí los intereses moratorios hasta el pago total de la obligación; **iii)** a dar cumplimiento a la sentencia en la forma establecida en los artículos 192 y 193 del CPACA, y **iv)** a pagar las costas y gastos de la presente acción.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (fls. 5- 7)

El apoderado de la parte demandante, adujo que el señor EDILBERTO GARCIA, nació el 12 de septiembre de 1941, y que en 1996 cumplió los 55 años de edad. Que el demandante prestó sus servicios al Estado en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, entre el 17 de marzo de 1969 y el 30 de diciembre de 1994, es decir por más de 25 años; y en el Departamento de Boyacá, entre el 5 de diciembre de 1996 y el 30 de enero de 2007.

Además señaló que durante el tiempo de prestación de servicios el actor, estuvo afiliado a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL y al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y efectuó los aportes correspondientes.

Adujo que mediante la Resolución 018889 de 9 de octubre de 1997, proferida dentro del Radicado 16322 de 1996, se dispuso el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión mensual de jubilación a favor del señor EDILBERTO GARCÍA, en cuantía de $280.846.09 efectiva a

partir del 12 de septiembre de 1996, acto administrativo que le fuera notificado el 29 de octubre de 1997.

Agregó que en la Resolución indicada anteriormente, la entidad de previsión social de una parte no incluyó la totalidad de conceptos y valores devengados por el actor entre el 01 de enero de 1994 y el 30 de diciembre de 1994 y tampoco indexó la primera mesada pensional entre el 30 de diciembre de 1994.

Señaló que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el actor ya había laborado mas de 25 años de servicios y tenía más de 50 años de edad, razón por la cual es beneficiario del régimen de transición que establece dicha norma.

Agregó que a partir del 5 de noviembre de 1996 y hasta el 30 de enero de 2007, el actor se vinculó como profesional universitario código 219 grado 13 de la Planta Global de la Administración Central del Departamento de Boyacá.

Que el 29 de octubre de 1997, el actor fue notificado de la Resolución 018889 de 9 de octubre de 1997 y el 31 de octubre de 1997, le solicitó a CAJANAL la no inclusión en la nómina de pensionados de dicha entidad de previsión en razón a que venía laborando nuevamente para una entidad estatal.

Posteriormente adujo que a partir del 1° de junio de 2007, el actor fue ingresado a la nómina de pensionados de CAJANAL, con efectividad desde el 01 de febrero de 2007.

Manifestó que a partir del año 2007 CAJANAL dispuso pagarle al señor EDILBERTO GARCIA por concepto de mesada pensional el equivalente al salario mínimo.

Añadió que el 5 de febrero de 2013, el actor, le solicitó a CAJANAL, la revisión de la cuantía de su mesada pensional, con el fin de que le fuera reajustada teniendo en cuenta el 75% de lo devengado en el último año de prestación de servicios al Departamento de Boyacá.

Comentó que a través de la Resolución RDP 019693 del 29 de abril de 2013, expedida por la UGPP, le negó la reliquidación de la mesada pensional del demandante. Agregó que el 12 de junio de 2013, interpuso recurso de

reposición y en subsidio apelación contra tal decisión y que por medio de la Resolución RDP 029721 de 28 de junio de 2013, expedida por la demandada, se resolvió el recurso de reposición y la Resolución RDP 036223 de 9 de agosto de 2013, expedida por la demandada se resolvió el de apelación, confirmando la decisión.

Finalmente adujo que para determinar la cuantía de la pensión mensual de vejez del actor se debe tener en cuenta la totalidad de los conceptos y valores devengados en el último año de prestación de servicios, aplicándole el principio de favorabilidad que rige el derecho laboral, para que el demandante no resulte afectado negativamente en la cuantía de su pensión.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN. (fl. 6-14)

Constitucionales: los artículos 4, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia.

Legales: Decreto 3135 de 1968, su reglamentario 1848 de 1969 y a partir de su vigencia el Decreto 1045 de 1978, la Ley 4 de 1976, leyes 33 y 62 de 1985, la Ley 71 de 1988.

Señaló que la demandada incurrió en causal de nulidad al violar directamente la Ley cuando realiza una interpretación errónea u da aplicación contraria a las normas claras en su tenor literal, que no dan lugar a dubitación alguna e inaplicar otras, pero con la única finalidad de afectar derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables que ahora se pretenden recuperar por medio de la acción judicial.

Indicó que la base para liquidar la pensión de jubilación de un servidor público es el promedio de lo devengado en el último año de prestación de los servicios, es decir, se deben incluir la totalidad de los factores salariales.

Concluyo que al demandante le asiste razón suficiente para obtener el reajuste a la pensión ya que la entidad accionada directamente se negó a realizarlo, y agregó que los actos administrativos demandados no resolvieron de fondo, ni siquiera se le permitió al actor controvertir la decisión de la administración.

Finalmente adujo que el actor tiene derecho a que su pensión se liquide con el promedio mensual devengado entere el 1 de febrero de 2006 y el 30 de

enero de 2007, conforme a las normas legales vigentes antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993. Así mismo señalo que deben aplicarse los principios laborales que benefician al trabajador.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 23 de julio de 2014 (fl. 147) correspondiéndole por reparto al Tribunal Administrativo de Boyacá. Mediante auto de 07 de octubre de 2014, esta Corporación resolvió admitir la demanda. (fl. 154-157). La demanda se contestó dentro del término legal (fl. 176-186).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP (fls. 176-186)

El apoderado de la parte demandada, allegó escrito dando contestación a la demanda, en los siguientes términos:

La entidad demandada se opuso a las pretensiones del medio de control, alegando que los actos acusados habían sido expedidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, por lo que estaban amparados por la presunción de legalidad.

Coincidió en que el actor estaba cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pero los factores de la base de liquidación de la prestación estaban regulados por el Decreto No. 1158 de 1994, que los relacionaba de forma taxativa, conforme lo había expuesto la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, cuya interpretación era prevalente.

Expresó que de accederse a las pretensiones de la demanda se quebrantarían los principios de solidaridad y sostenibilidad presupuestal, ocasionando inseguridad jurídica y un detrimento a los afiliados que tienen la expectativa de adquirir el derecho a la pensión.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó *"inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido"*, *"inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales"* y *"prescripción de mesadas"*, agregando que se reconociera oficiosamente cualquier otra excepción que apareciera probada en el proceso.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Parte demandada

- **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES (fls. 335-349)**

El apoderado de la entidad demandada allegó escrito de alegatos de conclusión en los siguientes términos:

Adujo, que los actos administrativos demandados, fueron proferidos con estricta sujeción de la Ley 100 de 1993, en tal sentido gozan de presunción legal.

Agregó que la demandada, incluyó en la liquidación pensional del actor, los factores salariales que efectivamente certificó

Por otro lado solicitó, la aplicación de la Sentencia C- 258 de 2013, proferida por la H. Corte Constitucional, que establece que el monto de las mesadas pensionales corresponderá única y exclusivamente a los factores salariales efectivamente cotizados.

De igual forma solicitó, la aplicación de la Sentencia SU -230 de 2015, mediante la cual se hace una interpretación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en donde se establece que las mesadas en régimen de transición se liquidan con edad, tiempo en cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente, entendiendo monto única y exclusivamente como tasa de remplazo, pero que periodo de liquidación y factores, es decir, el cálculo del IBL se hace con las reglas contenidas en la propia Ley 100 de 1993.

4.2. Parte demandante (fls. 350-353)

El apoderado demandante allegó escrito de alegatos de conclusión en los siguientes términos:

En primer lugar, adujo que la demandada actuó erradamente, al pretender desconocerle los derechos adquiridos del demandante, pues el no solo se encuentra en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sino que también se encontraba en el régimen de transición de la Ley 33 de 1985. Y adujo que la UGPP demandada aplicó normas que no debió aplicar y deja de aplicar las que legalmente.

Agregó que se debe tener en cuenta lo expuesto en la sentencia del 04 de agosto de 2010, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.

En tal sentido, consideró incluir la totalidad de lo devengado sin excluir factor alguno. Pero a pesar de esta norma, la UGPP, no tuvo en cuenta la prima de navidad, la prima de servicios, prima de vacaciones, prima de elecciones, prima de antigüedad, prima de alimentación, ni las bonificaciones.

Finalmente concluyó que el demandante tiene derecho a que su pensión se reliquide con el promedio mensual devengado entre el 1 de febrero de 2006 y el 30 de enero de 2007, conforme a las normas legales vigentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por ser más favorable para él. Teniendo principalmente en cuenta lo establecido en los Decretos 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969 y el Decreto 1045 de 1978 por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

4.3. Ministerio Público

Guardó silencio.

I. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Sala establecer sí es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a favor del accionante con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, dando aplicación íntegra a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

De la interpretación de las pretensiones de la demanda y de la contestación de la misma, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Analizadas las interpretaciones divergentes que sobre el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se han suscitado en el seno de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, actualmente puede afirmarse que no existe controversia frente a la aplicación del precedente fijado por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en caso de que (i) no se presente abuso del derecho y (ii) el derecho pensional se haya consolidado antes de la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015. Como en el presente caso se reúnen ambos requisitos, la pensión de jubilación reconocida al actor debió liquidarse teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Obligatoriedad del precedente de unificación

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y en desarrollo del artículo 103 Constitucional, se consolidó la importancia de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y las decisiones tomadas por la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales.

El artículo 10° de la Ley 1437 de 2011 impone a las autoridades administrativas el deber de aplicación de manera igualitaria de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a los asuntos que contengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es decir, que cuando una autoridad administrativa se encuentre ante casos con los mismos hechos y fundamentados en las mismas normas jurídicas deberán adoptar decisiones uniformes. En otras palabras, siempre y cuando se den los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es obligación tener en cuenta las sentencias de unificación en las que se efectúe la interpretación y aplicación de dichas normas que sustenten la solución del asunto; obligación que impone el artículo mencionado.

La Corte Constitucional en sentencia C–634 de 2011, al analizar la exequibilidad del artículo 10° de la Ley 1437 de 2011, dispuso la constitucionalidad condicionada de dicho artículo en el entendido que, así como se debían tener en cuenta la sentencias de unificación del Consejo de Estado, de manera preferente correspondía tener en cuenta las decisiones tomadas por la Corte Constitucional en las cuales se interpretaran las normas constitucionales aplicables al caso en concreto.

En ese sentido, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, la solicitud de extensión de la jurisprudencia -ya sea adelantada ante la autoridad administrativa competente o ante el Consejo de Estado por negativa de la autoridad- y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia son figuras jurídicas tendientes a que se aplique realmente el precedente jurisprudencial administrativo.

3.2. Del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y de la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Con la Ley 100 de 1993 el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estableciéndose dentro del mismo los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez, derogando a su vez los diferentes regímenes pensionales existentes con anterioridad.

Sin embargo, en su artículo 36 contempló un régimen de transición, en los siguientes términos:

> *"(...) ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de*

vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
(...)
Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio. (...)"
(Subraya fuera del texto original)

Por tanto, el artículo 36 permitió que la situación jurídica se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional, para las personas que cumpliesen uno de los siguientes requisitos, los cuales debían estar reunidos al momento de la entrada en vigencia del sistema de pensiones:

1. Hombres que tuvieran más de cuarenta años
2. Mujeres mayores de treinta y cinco años
3. Hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados

Tal como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia proferida el 12 de mayo de 2005 dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2000-04685-01

(2938-04), *"la transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior".*

En lo que hace relación a las normas aplicables al monto del ingreso base de liquidación de la pensión, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 28 de octubre de 2004 dentro del expediente No. 76001-23-31-000-2001-05461-01 (5884-03), indicó que *"no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993,* ***pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio****."*

De lo anterior se colige que el monto de la pensión, que incluye el porcentaje y la base de liquidación, para las personas amparadas por el régimen de transición se rige por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Como resultado de lo expuesto se tiene que la normatividad aplicable para la pensión de jubilación del demandante y su liquidación era la Ley 33 de 1985, la cual aplicaba a todos los servidores públicos de todos los niveles que no se encontraran exceptuados de ella.

3.3. Del régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985.

En los términos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, la consolidación del derecho a la pensión ordinaria de jubilación surge cuando se cumplen 20

años de servicio y 55 años de edad. En cuanto a la base de liquidación, la precitada ley dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio y enumeró en su artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de los mencionados aportes; disposición que fue modificada por el artículo 1° inciso 2° de la Ley 62 de 1985, en la que se incluyeron como factores de liquidación las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

No obstante, es importante señalar que la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado por vía jurisprudencial, a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, dictada con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del expediente con radicado interno No. 0112-2009, precisó que los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 lo eran únicamente a título enunciativo, por cuanto debían incluirse todos los que habitual y periódicamente recibía el trabajador como retribución de sus servicios.

En suma, atendiendo tal postura jurisprudencial, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, comoquiera que son devengados periódicamente por el trabajador en razón a la prestación del servicio y no constituyen sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador.

Posteriormente y en contravía a la postura de unificación anterior, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-230 de 2015, en donde adopta un criterio disímil a partir de lo considerado previamente en la sentencia C-258 de 2013 donde, en sede de revisión de tutela, indicó que la interpretación del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 se debe entender en el sentido de que el modo de promediar la base de liquidación de la pensión de jubilación o vejez no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que dicho régimen solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación y que, por lo tanto, el IBL debe ser el contemplado en el régimen general para todos los efectos.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso No. 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013) con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve, con ocasión de la expedición de la sentencia en comento,

reiteró su posición unánime relativa a que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprendía la base de liquidación (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), a excepción de las pensiones de congresistas y asimilados que se encuentran regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la referida sentencia C-258 del 2013.

Según se determinó en la providencia, si se acogiera la variación interpretativa que pretendía introducir la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015 se afectaría el derecho a la igualdad de los beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas. A su juicio, no parece acorde con los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales el cambio jurisprudencial mencionado, toda vez que si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional en el año 2014, quedando pendiente un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el derecho, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera y, en cambio, sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los mencionados principios.

El pronunciamiento enfatizó que el argumento expuesto en la sentencia C-258 de 2013 para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 no se puede generalizar y, por ende, aplicar como precedente a otros regímenes, pues ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hace parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, ni goza de reconocimientos que generen afectación al principio de sostenibilidad financiera.

Devino luego el pronunciamiento de la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en sentencia de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016, dentro del proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2016-01334-01, donde se decidió lo siguiente:

> *"(...) PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 13 de octubre del 2016, emitida por la Sección Cuarta de esta Corporación, en la cual negó el amparo solicitado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para en su lugar, AMPARAR el derecho al debido proceso de la*

accionante, en consecuencia, ORDENAR a la Sección Segunda del Consejo de Estado, que en el término de diez (10) días profiera una nueva decisión atendiendo a los lineamientos trazados en esta providencia. (...)"

Ello al considerar lo que se transcribe enseguida:

"(...) Ahora bien, encuentra la Sala que el argumento central con el que el a quo constitucional dispuso negar el amparo giró en torno a que, en su criterio, resultaba desproporcionado aplicar las reglas fijadas en la SU 230 de 2015 en aquellos casos en que los ciudadanos hubiesen iniciado el trámite ordinario antes de que se profiriera la citada sentencia de unificación, razonamiento que no es de recibo en la medida que esta Sala ha señalado que 'el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.' (...) hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como la igualdad, seguridad jurídica y la confianza legítima.'
(...)
(...) la decisión dictada por la autoridad judicial accionada -Sección Segunda de esta Corporación, desconoció las reglas que respecto el tema bajo estudio, fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015; jurisprudencia que conforme a los argumentos expuestos en párrafos precedentes, era de obligatorio cumplimiento por el la Sección Segunda del Consejo de Estado y la cual estaba vigente para fecha en que se profirió el fallo acusado (...)"

No obstante, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó los efectos de la sentencia C-258 de 2013 de la siguiente manera:

"(...) De este modo, como el régimen pensional de la señora Delcy del Río Arellano era el contemplado en la Ley 33 de 1985 y no el

establecido para los congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios (Ley 4 de 1992), la sentencia alegada como desconocida tampoco resulta aplicable al presente asunto.

Sin embargo, como la Corte Constitucional mediante Auto 326 de 2014, reafirmó la interpretación que sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 había fijado la sentencia ***C-258 de 2013****, según la cual el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el IBL, es preciso advertir que el Tribunal Administrativo del Bolívar no desconoció dicho precedente, por cuanto la peticionaria* ***adquirió su derecho pensional con anterioridad a ese pronunciamiento,*** *en razón a lo siguiente:*
(...)
(...) ***la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013****, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006.* ***En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.***

Así las cosas, <u>los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos</u>*, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde 'el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas'. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

De conformidad con el análisis antes expuesto, da cuenta la Sala que, frente a la acción de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, no se tuvo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia del 9 de noviembre de 2016 precisó que las interpretaciones jurisprudenciales de esa Corporación no podían ser extendidas a las pensiones consolidadas con anterioridad al 7 de mayo de 2013, esto es, la fecha de expedición de la Sentencia C-258 del mismo año, por tratarse de derechos adquiridos.

La sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de mayo de 2016 coincide en señalar que, en materia del IBL de pensiones, cuando se trata de resolver casos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe seguirse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 conforme a las cuales el mencionado asunto debe dilucidarse atendiendo las previsiones de la Ley 100 de 1993 y no las señaladas en el régimen anterior; postura opuesta a la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, que sostuvo que el IBL **es parte integrante del régimen de transición** y, por ello, se debe acudir a las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

Aunque la Sección Quinta del Consejo de Estado en la acción de tutela antes citada se pronunció adoptando una posición opuesta a la de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, no puede obviarse que la aludida providencia dejó de aplicar una línea jurisprudencial que esa misma Corporación ha sostenido establemente, en la que se indica que el régimen de transición implica la aplicación del régimen anterior **integralmente** y no puede excluir el IBL so pena de incurrir, por contera, en la vulneración del principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad cuando se está ante idénticos supuestos fácticos y jurídicos.

En el mismo sentido, resulta inadmisible que, luego de haberse logrado un avance en la interpretación unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el año 2010 en torno al reconocimiento de la plena efectividad de los derechos pensionales derivados de la interpretación favorable del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se adopte una tesis restrictiva y desfavorable como la expuesta en la la sentencia SU-230 de 2015 frente a quienes, como en este caso, son beneficiarios de una regulación especial como la contenida en la Leyes 33 y 62 de 1985, desconociendo, en sentir de esta Sala, el ***principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*** en la medida

en que se vería frustrada la protección ya otorgada a dichos beneficiarios, impidiéndoles gozar de sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano.

Es por ello que, ante la existencia de una consolidada línea jurisprudencial integrada por una sentencia de unificación y varias sentencias proferidas en juicios ordinarios y de tutela por parte del Consejo de Estado sobre el mismo asunto, no queda duda a esta Sala frente a su deber de seguir los criterios sentados en los fallos de esa Corporación, no sólo en aplicación de la Constitución Política, sino también de los artículos 10 y 270 del de la Ley 1437 de 2011. Cabe mencionar, de un lado, que la acción de tutela va encaminada a salvaguardar derechos particulares y concretos, salvo los casos en los que se otorguen efectos *inter comunis* a la decisión, en cambio, los precedentes surgen a partir de reiterados pronunciamientos, como sucede en lo que se refiere a la integralidad del sistema pensional anterior y, de otro lado, que las sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado son fuente de derecho, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 24 de agosto de 2011 y C-816 de 2011, así que desconocerlas implicaría un desconocimiento de la Ley.

A más de lo anterior, dirá la Sala que por vía de tutela, recientemente, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, proferida con ponencia del Consejero Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera[1] señaló el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, so pena de incurrir en un desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, en consecuencia, en vía de hecho. Se dijo allí:

> *"(...) Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
> *(...)*
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015, no resulta aplicable en asuntos de la*

[1] CE 1, 22 Sep. 2016, e11001031500020160009400, R. Serrato.

jurisdicción contencioso administrativa; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.

(...)

En cuanto a la debida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cabe recordar que este fue determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995, que estudió la exequibilidad de ese artículo, precedente que, de conformidad con la jurisprudencia de esa Corporación, resulta de obligatorio acatamiento.

(...)

En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016, para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)"

Ahora, en un pronunciamiento más reciente, el Consejo de Estado mediante la sentencia del 9 de febrero de 2017, dictada con ponencia del consejero César Palomino Cortés dentro del proceso con radicado No. 25000234200020130154101, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 -proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado- sostuvo que en las sentencias T-631 de 2002, T-169 de 2003, T-651 de 2004, T-158 de 2006, T-251 de 2007, T-101 de 2008 y T-180 de 2008, la Corte Constitucional venía manteniendo la tesis de que el ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición era el

correspondiente al del régimen anterior y que el efecto útil del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 está en suplir eventuales vacíos en los regímenes derogados.

Asimismo, como *ratio decidendi*, esa Corporación había afirmado que se vulneraban los derechos pensionales cuando no se aplicaba en su integridad el régimen especial en el que se encontraba amparado el beneficiario del régimen de transición, ya que **el monto y la base de liquidación de la pensión formaban una unidad inescindible**; criterio que fue modificado en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el ingreso base de liquidación (IBL) no es un aspecto sujeto a transición -para establecerlo debe aplicarse lo contenido en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993- y que, como factores de liquidación de la pensión, solo podrán tomarse aquellos ingresos percibidos efectivamente por el beneficiario que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones respectivas. Sin embargo, la Corte Constitucional fija un punto de partida para aplicar la interpretación a que se contrajo la sentencia C-258 de 2013 al aseverar que se aplicará a pensiones consolidadas **después del 7 de mayo de 2013**, esto es, cuando fue proferida ésta decisión judicial.

Así pues, la línea jurisprudencia del Consejo de Estado ha sintetizado que el régimen de transición debe reconocerse: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa, b) con la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) con los factores integrantes del régimen anterior como meramente enunciativos y no taxativos, d) ordenando el descuento de los aportes que no se hubieren efectuado oportunamente para mantener el equilibrio de las finanzas públicas pensionales.

En estas condiciones, aún ante la presencia de la mencionada sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado[2], lo cierto es que el

[2] Vale la pena agregar que en sentencia dictada el 23 de marzo de 2017 dentro del proceso con radicación No. 11001-03-15-000-2016-03366-01 (reiterada el 11 de octubre de 2017 en la sentencia dictada dentro del proceso No. 11001-03-15-000-2017-01082-01, C.P. Rocío Araújo Oñate), la Sección Quinta expidió una providencia en la que rectifica parcialmente su posición en el sentido de señalar que la interpretación de la Corte Constitucional solo es aplicable para las pensiones consolidadas con posterioridad al 6 de julio de 2015, fecha en que fue dictada la sentencia SU-230 de 2015: *"(...) Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, **opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación**, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.*

Tribunal de cierre de la Jurisdicción Administrativa ha reiterado la tesis dominante de esa Corporación y mantiene incólume la decisión de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 por considerar que atender las decisiones de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016, proferidas por la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, atentaría contra los principios de progresividad y favorabilidad, y comprometería derechos laborales de rango constitucional.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al *sub lite*, debe precisarse que no existe controversia acerca de que el actor se encuentra cobijado por el régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993, el cual remite en su caso a la Ley 33 de 1985. Así las cosas, el debate planteado en el problema jurídico radica en el marco temporal del IBL y los factores que lo integran.

Al respecto, del marco jurídico expuesto en precedencia, donde se confrontaron las tesis de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, puede concluirse que, a pesar de las claras divergencias argumentativas, existe claridad en dos aspectos fundamentales; primero, que el sustento de la *ratio decidendi* expuesta por la primera se dirige a censurar las pensiones que fueron reconocidas con abuso del derecho o fraude a la ley[3]; y segundo, que

---

Sin embargo, por involucrar ***derechos adquiridos****, ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política.*

Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues ***no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida****. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

[3] CConst, T-615/2016, J. Palacio: *"(...) en el sub – lite se encuentra demostrado que la señora Delcy Del Rio Arellano trabajó desde el 19 de octubre de 1973 hasta el 30 de julio de 2003, es decir, aproximadamente 30 años, tiempo durante el cual realizó los aportes correspondientes para adquirir la prestación pensional.* ***Esa circunstancia desvirtúa que la pensión haya sido obtenida con abuso del derecho o fraude a la Ley, razón por la cual no le es dable a la Corte que por vía de tutela se ordene la reducción de la mesada pensional de la ciudadana en mención con fundamento en una sentencia de unificación que no fijó en la parte considerativa ni en la resolutiva el procedimiento o los parámetros para efectuar la reducción de las pensiones, máxime si no existe una venta injustificada que defraude la sostenibilidad financiera del sistema pensional ya que la beneficiaria financió durante toda su historia laboral su pensión****. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

el precedente constitucional es aplicable a las pensiones de jubilación cobijadas por el régimen de transición que se consolidaron con posterioridad a la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

El entendimiento de estos dos razonamientos guarda armonía con la posición del órgano de cierre de esta jurisdicción, que a pesar de debatir el concepto de *monto de la pensión* en la forma como fue delimitado por el Tribunal Constitucional, también reprueba las pensiones obtenidas con abuso del derecho o fraude a la ley, explicando que, en todo caso, no puede entenderse como tal la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 a quienes aportaron durante toda su vida laboral sin saltos económicos desproporcionados para sortear la contingencia de la vejez[4], y considera que su jurisprudencia rige, por lo menos, hasta antes de que la Corte Constitucional variara la suya (la aplicabilidad después de ese momento sigue en debate).

Así las cosas, lo primero que deberá indagarse es si esos dos requisitos se reúnen en el presente caso, evento en el cual la vigencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado no admite discusión; de lo contrario, la Sala procederá, en virtud del principio de transparencia, a explicar los motivos que le llevan a adoptar una de las interpretaciones de las Altas Cortes.

Verificado el expediente, se tiene que el accionante prestó sus servicios laborales en los siguientes tiempos:

ENTIDAD	**PERIODO**	**Nº DIAS**	**AÑOS**
MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS	17/03/1969 al 30/12/1994	9283	25,79
DEPARTAMENTO DE BOYACÁ	05/11/1996 al 30/01/2007	4405	12,236111
TOTAL TIEMPO SERVIDO		13688	38,02

Por otra parte, se demostró que el actor **adquirió su estatus pensional el 12 de septiembre del 1996**, cuando alcanzó el requisito de edad y previamente

---

[4] CE 2, 9 Feb. 2017, e25000234200020130154101(4683-2013), C. Palomino: "*(...) La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas de quienes han consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad, con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que refleje su trabajo y su esfuerzo y* ***no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas.*** *(...)*" (Negrilla fuera del texto original)

contaba con el tiempo de servicios exigido, pero la efectividad de la pensión de jubilación se produjo con su **retiro definitivo del servicio, que acaeció el 30 de enero de 2007** (fl. 34).

De lo anterior puede concluirse sin dubitación alguna que el demandante (i) no busca beneficiarse de una conducta constitutiva de abuso del derecho o fraude a la ley, debido a que adquirió su estatus pensional antes de la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Por lo tanto, en este caso resulta clara la aplicación del precedente fijado por el Consejo de Estado sobre la reliquidación de las pensiones de jubilación de los servidores cobijados por la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición creado en la Ley 100 de 1993, que consiste en que la liquidación de la prestación debe efectuarse con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De lo probado en el expediente se pudo establecer con toda claridad que se incluyó en la base de liquidación de la pensión del demandante, mediante Resolución No. 018889 del 9 de octubre de 1997, el 75% del promedio de lo devengado entre el 01 de abril de 1994 al 30 de diciembre de 1994 con la inclusión de la asignación básica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios y prima de antigüedad (fl. 27-29)

El demandante mediante escrito radicado ante la entidad demandada con fecha de radicado el 31 de octubre de 1997, solicitó la NO inclusión en la nómina de pensionados, por cuanto fue vinculado de tiempo completo en la Gobernación de Boyacá (fl. 88).

Se aportó certificación expedida por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional FOPEP, de fecha 28 de octubre de 2011, en la que se advierte que el señor Edilberto García recibió mesadas pensionales a partir de junio e 2007 según resolución 18889 de 1997 (fl. 89).

Aplicando lo antedicho al caso *sub examine*, se observa que verificado el certificado de factores salariales obrante en el plenario (fl. 288), se tiene que el accionante devengó los siguientes conceptos en el aludido último año de servicios, esto es, entre el 30 de enero de 2006 al 30 de enero de 2007: asignación mensual, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios. Por ende, por ende es procedente la reliquidación de la pensión del accionante teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados en el último año laborado, lo que conlleva a

acceder a las pretensiones de la demanda, es decir, con el 75% del promedio base de los factores de **asignación mensual, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios**.

Finalmente, atendiendo los argumentos expuestos por la entidad demandada, se dirá que tampoco resulta viable dar aplicación a las sentencias de la Corte Constitucional invocadas -C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, por cuanto, tal como se mencionó en líneas precedentes, esta Sala acoge la postura de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso No. 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013), Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, que como se expuso en el acápite precedente, reiteró su posición unánime en que el monto de las pensiones del régimen transicional pensional del sector oficial comprenda la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%); no solo por ser la máxima autoridad dentro de esta jurisdicción, sino porque se comparte lo allí expresado, que ha sido la posición permanente de esta Corporación, pues es inadmisible que luego de haberse logrado un avance en la interpretación favorable del régimen de transición, en ese caso, de la Ley 100 de 1993, se adopte una tesis restrictiva y desfavorable como la expuesta por la Honorable Corte Constitucional.

- **DE LA PRESCRIPCIÓN SOBRE LAS MESADAS CAUSADAS.**

La Entidad demandada en su escrito de excepciones solicitó la declaratoria de prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de adquisición del status pensional.

Pues bien, conforme lo establecen los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de1969, los derechos laborales prescriben tres años después de que se hacen exigibles. Según estas normas, el simple reclamo escrito del trabajador ante la autoridad competente interrumpe el término, pero sólo por un lapso igual.

Significa lo anterior, que los beneficiarios de un derecho tienen la posibilidad de interrumpir el término prescriptivo en sede administrativa por una sola vez. Posteriormente, el plazo de los tres años empieza a contarse nuevamente y los interesados tan sólo cuentan con la alternativa de acudir ante la jurisdicción para lograr la interrupción definitiva. De lo

contrario, es decir, de no incoar la acción respectiva, los derechos continúan extinguiéndose con el paso del tiempo.[5]

Con todo, ha de aclararse que como es sabido, en materia de pensiones la prescripción se aplica con respecto a las mesadas pensionales, más no sobre el derecho a la prestación.

Descendiendo al caso concreto se advierte que el demandante se retiró definitivamente del servicio el 30 de enero de 2007, y fue ingresado en la nómina de pensionados el 1 de junio de 2007 (fl. 89); posteriormente reclamó la reliquidación pensional el 26 de noviembre de 2008, tal como fue manifestado a folio 67 del expediente y nuevamente elevó reclamación ante la entidad el 5 de febrero de 2013, la cual, mediante Resolución No. RDP 019693 del 29 de abril de 2013 negó la solicitud anterior (fl. 111-113), por lo que interpuso recurso de reposición y apelación contra la decisión anterior, siendo resuelta a través de las resoluciones RDP 029721 del 28 de junio de 2013 y RDP 036223 del 9 de agosto de 2013, confirmando la decisión inicial (fls. 121-123 y 129-130); presentó demanda el 23 de julio de 2014 (fl. 197), dejando transcurrir en exceso los tres años que establece el Decreto 3135 de 1968 para tal efecto, razón por la que se declarara probada la excepción de prescripción de las diferencias causadas con anterioridad al 23 de julio del año 2011, pues en estos casos la operancia del fenómeno procesal se contabiliza tres años hacia atrás desde la última actuación tendiente a hacer exigible el derecho.

- **De los descuentos por aportes al empleado.**

Advierte la Sala que atendiendo el criterio sentado o trazado por este Tribunal en torno a este asunto, la UGPP, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, puede

[5]Decreto 1848 de 1969, artículo 102: *"Prescripción de acciones: 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado,* ***interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual"*** (negrilla fuera de texto).

la demandada cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al demandante entonces empleado, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección Constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

En consecuencia, esta Sala ordenará que la Entidad accionada al momento de realizar los descuentos por concepto de aportes pensionales frente a los factores salariales no efectuados, deberá tener en cuenta las anteriores directrices, por lo que estará a su cargo la elaboración y aplicación de una fórmula actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política en aras de la sostenibilidad financiera del Sistema, como la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, observando las reglas del debido proceso, de manera que el pensionado pueda conocer las sumas que le correspondía aportar en el porcentaje legal respectivo tanto a él como a su empleador, a fin de que éste pueda hacerlas exigibles en cuanto a éste último, si a bien lo tiene.

En cuanto a las sumas a deducir se ordenara la indexación respectiva a favor del ente de seguridad social, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de aportar respecto de los factores ahora incluidos, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

COSTAS

Conforme a lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, se condenará en costas a la parte demandada.

En relación al criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que, a pesar de ser objetivo, se le califica de *"objetivo-valorativo"*[6] porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 CGP.

Teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho en un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que equivale al 1% de las pretensiones de la demanda (fls. 4).

Por Secretaría procédase a la liquidación de costas correspondiente.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la **Resolución RDP 019693 del 29 de abril de 2013**, mediante la cual se negó la reliquidación de la mesada pensional del señor **EDILBERTO GARCÍA.**

SEGUNDO: **DECLARAR** la nulidad de las resoluciones **RDP 029721 del 28 de junio de 2013 y RDP 036223 del 9 de agosto de 2013**, mediante las cuales se confirmó la negativa a la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante respectivamente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior se ordena a la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES UGPP** a **RELIQUIDAR** la pensión de jubilación reconocida a **EDILBERTO GARCÍA**, con el setenta y cinco (75%)

---

[6] *CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.*

de la asignación mensual incluyendo para el efecto los siguientes factores: **ASIGNACIÓN MENSUAL, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD Y PRIMA DE SERVICIOS,** percibidas durante el lapso comprendido entre el 30 de enero de 2006 al 30 de enero de 2007 en las condiciones establecidas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES UGPP** a pagar las diferencias resultantes de la reliquidación ordenada aplicada desde el momento en que se causó el derecho, esto es, desde el 30 de enero de 2007 con lo reajuste e indexación respectiva, pero con efectos fiscales a partir del 23 de julio del año 2011, por prescripción de las mesadas causadas con anterioridad a esta fecha, conforme se expuso en precedencia.

QUINTO: De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación la pensión de jubilación reconocida, la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES UGPP**, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General de Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de la vida laboral del actor, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al demandante – entonces empleado – en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social, ya que a la fecha de esta decisión la edad es superior a los 65 años.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

La Entidad demandada deberá elaborar y aplicar una fórmula actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por la demandante en términos razonables, observando el debido proceso

y de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Liquídese la condena conforme a la fórmula expuesta en la parte motiva, la cual se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que adquirió el derecho.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la parte vencida en esta instancia, en un 1% de las pretensiones, esto es, en lo correspondiente a un (1) Salario Mínimo Legal Vigente, a favor de la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2013, del Consejo Superior de la Judicatura, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO: En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
[illegible] 2017
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

DESPACHO No. 4

MAGISTRADO: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja,

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: RICARDO ESCAMILLA CALDERON
ACCIONADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL
RADICADO: 15001233300020150023800

En virtud del informe secretarial que antecede, **OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE** lo resuelto por la Sección Segunda Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (fls.183-193) en providencia del 28 de septiembre de 2017, mediante la cual se CONFIRMÓ la sentencia proferida el 22 de julio de 2015 por esta Corporación (fls.103-111) y REVOCÓ el numeral Quinto de dicho fallo en el que se habían fijado las costas del proceso.

Archívense las diligencias con las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

112

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

DEMANDANTE:	ANA HERCILIA HAMON NARANJO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
REFERENCIA:	150012333000-**2016-00220-00**
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN
ASUNTO:	**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotados los ritos propios de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, profiere la Sala sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora ANA HERCILIA HAMON NARANJO, a través de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción con el fin de instaurar Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES por negar la reliquidación de la pensión de la actora con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

1.1. DECLARACIONES Y CONDENAS (fls. 2-3)

Solicitó que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 361829 de 19 de diciembre de 2013 a través de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la actora, al no haber tenido en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio para la liquidación de la pensión. Así mismo solicitó que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 277510 del 5 de agosto de 2014, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición elevado y se determinó como efectividad de la pensión el 1 de junio de 2013, al no haber tenido en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio para la

liquidación de la pensión; de igual forma solicitó la nulidad de la Resolución No. GNR447690 de 28 de diciembre de 2014, mediante la cual se negó la solicitud de reliquidación elevada y finalmente que se declare la nulidad de las Resoluciones No. GNR 162032 de 01 de junio de 2015 y VPB 63443 del 28 de septiembre de 2015, mediante las cuales se resolvió negativamente el recurso de reposición y apelación interpuesto.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se declare que la actora tiene derecho a que se liquide la pensión de jubilación a partir del 01 de junio de 2013, fecha en que se produjo su retiro del servicio de conformidad con el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Producto de la anterior declaración, solicitó se condene a la demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación reconocida a la actora, en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio a partir del 01 de junio de 2013, fecha en que se produjo su retiro del servicio; a pagar la diferencia que salga a favor de la demandante con retroactividad a la fecha en que se produjo su retiro del servicio y a que se paguen las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al IPC, según lo establecido por los artículos 187 y 193 del C.P.A.C.A.

Finalmente solicitó que de no darse cumplimiento a la sentencia condenatoria dentro del término previsto por el numeral 2 del artículo 192 del CPACA, se condene también al pago de los intereses moratorios después de ese término, conforme lo ordena el inciso 3 del mismo artículo y el numeral 4 del artículo 195 ibídem. Y solicitó se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (fls. 3-4)

Adujo que a través de la Resolución GNR 361829 de 19 de diciembre de 2013 se le reconoció la pensión de vejez a la señora ANA HERCILIA HAMON NARANJO, en cuantía de $3.878.768.00 para el año 2014. Así mismo, que en la liquidación de la pensión se tuvo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, pese a que la actora laboró por más de 20 años como empleada pública. Agregó que por tal motivo, presentó

recurso de reposición, la cual fue resuelta mediante Resolución No. GNR 277510 de 5 de agosto de 2014, en la que determinó como efectividad de la pensión el 01 de junio de 2013, fecha desde la que se retiró la actora del servicio público; no obstante lo anterior, la prestación no se liquidó con todos los factores salariales devengados por la actora en su último año de servicios.

Indicó que a través de la Resolución No GNR 447690 de 28 de diciembre de 2014, se negó la solicitud elevada bajo el argumento de que la actora había estructurado el estatus pensional con posterioridad al 8 de mayo de 2013, motivo por el que la prestación seria liquidada de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y añadió que mediante Resolución GNR 162032 de 1 de junio de 2015 se negó nuevamente la solicitud de reliquidación elevada. Frente a esta decisión, afirmó que interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución VPB No. 63443 de 28 de septiembre de 2015 el cual se resolvió negativamente.

Manifestó que la actora nació el 20 de mayo de 1958, motivo por el que a la fecha supera los 57 años de edad, y que prestó sus servicios en diferentes entidades estatales como la Gobernación de Boyacá, en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia- UPTC, en la Escuela Superior de Administración Publica, esto es por más de 20 años como empleada pública.

Agregó que la actora para el 20 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para la Gobernación de Boyacá, contaba con más de 15 años de servicio y más de 35 años de edad, motivo por el que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la referida norma por haber laborado por más de 20 años de servicio y contar con más de 55 años de edad, tiene derecho a que su pensión de jubilación se liquide con el 75% de lo devengado en el último año de servicio.

Adujo que la actora devengo en el último año de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios y prima de vacaciones por sus servicios prestados en la ESAP, así como horas catedra en la UPTC y que durante este último año de servicio, la actora se desempeñó como Directora de la ESAP Territorial Boyacá y como catedrática en la UPTC.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Constitucionales: artículo 1, 2, 13, 48, 53 y 58, de la Constitución Política de Colombia.

Legales: artículo 1 de la Ley 33 de 1985; artículo 1 de la Ley 62 de 1985; Ley 100 de 1993 artículo 36, 288 y demás normas concordantes.

Manifestó que la pensión de jubilación es catalogada como una prestación otorgada a los empleados que cumplan diferentes requisitos exigidos en la Ley tales como tiempo de servicios y edad y agregó que el monto pensional del 75% se incorporó mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, que modificó el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945.

Adujo que en relación con los factores salariales para liquidar la pensión, se expidió el Decreto Ley 1045 de 1948, que para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y los trabajadores oficiales, dispuso que en la liquidación se tendría en cuenta los siguientes factores de salario: la asignación básica mensual, los gastos de representación y la prima técnica, los dominicales y feriados, las horas extras, los auxilios de alimentación y transporte, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, los viáticos, los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978, la prima de vacaciones, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

Agregó que por mandato del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 se equiparó la edad de los hombres y mujeres para acceder a la pensión de jubilación para los empleados oficiales de todos los niveles, quedando exceptuados de esta regla los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justifiquen dicha exclusión y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Indicó que dentro del plenario está demostrado que la señora ANA HERCILIA HAMON contaba para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 15 años de servicio y más de 35 años de edad, motivo por el que es claro que tiene derecho que su pensión sea reconocida y liquidada de acuerdo con las Leyes 33 y 62 de 1985.

Comentó que respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el consejo de estado, en sus subsecciones A y B de la sección segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 1 de la Ley 62 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que solo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes y finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Señaló que dadas las anteriores divergencias en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en proveído calendado el 4 de agosto de 2010, en sala plena de dicha sección, logró unificar su posición llegando a la conclusión que la ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Luego de citar la normatividad y jurisprudencia aplicable al caso, concluyó que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como: asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a titulo ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio; se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Finalmente, de lo anterior, concluyó que COLPENSIONES deberá pagar las diferencias entre el valor efectivamente cancelado y la suma que debía reconocer de las mesadas pensionales de la señora ANA HERCILIA HAMON NARANJO, con efectividad a partir de la fecha en que se produjo su retiro del servicio público, esto desde el 1 de junio de 2013.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 24 de febrero de 2016 (fl.38) correspondiéndole por reparto al Tribunal Administrativo de Boyacá. Mediante auto de 11 de abril de 2016, esta Corporación resolvió admitir la demanda. (fl. 40). La demandada se contestó dentro del término legal (fls. 49- 61).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Fls. 49- 61)

3.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (fl. 189-201)

Expuso en cuanto a las pretensiones que se opone a todas ellas, debido a que carecen de fundamento jurídico, en los siguientes términos:

Frente a las pretensiones adujo que se opone a la prosperidad de las mismas, toda vez que las Resoluciones demandadas fueron expedidas conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, liquidándose de conformidad a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años. Agregó que la actora adquirió el status pensional el 20 de mayo de 2013 y fecha de efectividad el 01 de junio de 2013, es decir cuando ya se encontraba vigente el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional en Sentencia C-258 de 2013 y adoptado por Colpensiones en circulares 4 y 6 de 2013, por lo tanto se tuvieron en cuenta el valor de las cotizaciones efectivamente realizadas.

Frente a la pretensión numero 6, adujo que Colpensiones está en la obligación de aplicar el precedente jurisprudencial vigente para la fecha, esto es, la sentencia emitida por la Corte Constitucional No. C 258 de 2013, ratificada mediante la Sentencia SU 230 de 2015, y adoptada por la entidad en circulares 4 y 6 de 2013, mediante la cual la Corte hace un análisis exhaustivo para determinar como primera medida la INEXEQUIBILIDAD del aparte contenido en la Ley 33 de 1985, respecto de tener en cuenta los factores salariales del último año de servicio y resolver respecto de la determinación del ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición por extensión la obligatoriedad de tener como base o fundamento legal el articulo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en razón de que el legislador al aprobar la normatividad en comento "restringió las reglas del IBL" con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social, como el de universalidad, solidaridad,

eficiencia y equidad, con el fin de cumplir con el "mandato de distribución equitativa de los recursos públicos conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución Política.

Aclaró que ya que como lo manifiesta la Corte en la sentencia citada, la Ley 100 únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, pero en virtud del principio del equilibrio del sistema y de los demás principios generales de la seguridad social establecidos en el artículo 48 de la Constitución Política, se restringió el tema relacionado con el IBL pues el aplicar las normatividades anteriores respecto de este tema se violaría el derecho a la igualdad, equidad, solidaridad, pues se beneficiaría a unos pocos en contradicción a los derechos de los demás afiliados, generando derechos desproporcionados a quienes se les aplican las reglas del IBL establecidas en la Ley 100 de 1993.

Adujo que en la actualidad se encuentra vigente el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 el cual estableció que el salario mensual para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos y para la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión. Y agregó que Colpensiones para el reconocimiento pensional de la actora, tuvo en cuenta lo preceptuado en el Decreto en mención.

Agregó que respecto a los factores que se pretenden hacer valer dentro del presente proceso se tiene que dentro del traslado de la demanda no se portan certificaciones CLEBP que acrediten los factores salariales efectivamente devengados por la demandante, teniendo en cuenta que dichas certificaciones representan el único medio probatorio idóneo para certificar la calidad y los tiempos laborados como empleado público, para el reconocimiento de pensión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 13 de 2001.

Finalmente, propuso como excepción previa las que denominó: ***i)*** *"Falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario, numeral 9 articulo 100 del C.G.P"* y como excepciones de mérito: ***i)*** *"Inexistencia del derecho reclamado"*, ***ii)*** *"Improcedencia de los intereses moratorios"* , ***iii)*** *"Improcedencia de indexación"*, ***iv)*** *"Cobro de lo no debido"*, ***v)*** *"Buena fe de Colpensiones"*, ***vi)*** *"Prescripción"*, ***vii)*** *"Compensación o deducción de pagos realizados"* y ***viii)*** *"Innominada o genérica"*.

4. ALEGATOS DE CONCLUSION

4.1. Parte demandada: Guardó silencio.

4.2. Parte demandante (fl. 109-110)

El apoderado de la señora ANA HERCILIA HAMON NARANJO allegó escrito de alegatos de conclusión en los siguientes términos:

Adujo que de las pruebas que reposan en el expediente es claro que la actora nació en 20 de mayo de 1958 y para el 30 de junio de 1995 contaba con más de 35 años de edad y superaba los 15 años de servicio, por lo que al ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, motivo por el que tiene derecho a que su pensión de jubilación se liquide de conformidad con la Ley 33 de 1985, esto es con el 75% de lo devengado en el último año de servicio.

Adujo que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en proveído calendado el 26 de febrero de 2016, en Sala plena de dicha sección, llegó a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Agregó que el Consejo de Estado se refirió frente a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, por lo que citó apartes de la Sentencia de radicado 2011-020949-01 (2237-14) de fecha 9 de marzo de 2017 de la Sección Segunda, Subsección B del H. Consejo de Estado, Magistrado Ponente Cesar Palomino Cortés.

Finalmente solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda y se ordene a COLPENSIONES pagar las diferencias entre el valor efectivamente cancelado y la suma que debía reconocer de las mesadas pensionales de la actora, con efectividad a partir de la fecha de retiro del servicio.

4.3. Ministerio Público

Guardó silencio.

I. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Tal como fue definido en la fijación del litigio dentro de la presente audiencia, el problema jurídico a resolver consiste en establecer si es procedente o no la declaratoria de NULIDAD de los actos demandados, esto es, la **Resolución No. GNR 361829 del 19 de diciembre de 2013**, por medio de la cual se ordenó el reconocimiento de una pensión de jubilación de la demandante con el promedio de los factores devengados en los últimos 10 años de servicio, sujeta al retiro definitivo del servicio; la **Resolución GNR 277510 del 05 de agosto de 2014**, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición contra el anterior acto y se dispuso el pago pensional con efectividad a partir del 1° de junio de 2013 y mantuvo lo referente a la liquidación del quantum con los factores devengados en los últimos 10 años servidos, la **Resolución GNR 447690 del 28 de diciembre de 2014**, y **Resolución GNR 162032 del 1° de junio de 2015,** mediante las cuales la Entidad demandada negó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales del último año de servicios y finalmente la **Resolución VPB 63443 del 28 de septiembre de 2015,** a través de la cual se resolvió el recurso de apelación contra la decisión anterior y se confirmó en todas sus partes.

De la interpretación de las pretensiones de la demanda y de la contestación de la misma, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Analizadas las interpretaciones divergentes que sobre el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se han suscitado en el seno de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, actualmente puede afirmarse que no existe controversia frente a la aplicación del precedente fijado por el

órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en caso de que (i) no se presente abuso del derecho y (ii) el derecho pensional se haya consolidado antes de la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015. Como en el presente caso se reúnen ambos requisitos, la pensión de jubilación reconocida al actor debió liquidarse teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Obligatoriedad del precedente de unificación

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y en desarrollo del artículo 103 Constitucional, se consolidó la importancia de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y las decisiones tomadas por la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales.

El artículo 10° de la Ley 1437 de 2011 impone a las autoridades administrativas el deber de aplicación de manera igualitaria de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a los asuntos que contengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es decir, que cuando una autoridad administrativa se encuentre ante casos con los mismos hechos y fundamentados en las mismas normas jurídicas deberán adoptar decisiones uniformes. En otras palabras, siempre y cuando se den los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es obligación tener en cuenta las sentencias de unificación en las que se efectúe la interpretación y aplicación de dichas normas que sustenten la solución del asunto; obligación que impone el artículo mencionado.

La Corte Constitucional en sentencia C–634 de 2011, al analizar la exequibilidad del artículo 10° de la Ley 1437 de 2011, dispuso la constitucionalidad condicionada de dicho artículo en el entendido que, así como se debían tener en cuenta la sentencias de unificación del Consejo de Estado, de manera preferente correspondía tener en cuenta las decisiones tomadas por la Corte Constitucional en las cuales se interpretaran las normas constitucionales aplicables al caso en concreto.

En ese sentido, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, la solicitud de extensión de la jurisprudencia -ya sea

adelantada ante la autoridad administrativa competente o ante el Consejo de Estado por negativa de la autoridad- y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia son figuras jurídicas tendientes a que se aplique realmente el precedente jurisprudencial administrativo.

3.2. Del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y de la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Con la Ley 100 de 1993 el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estableciéndose dentro del mismo los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez, derogando a su vez los diferentes regímenes pensionales existentes con anterioridad.

Sin embargo, en su artículo 36 contempló un régimen de transición, en los siguientes términos:

> *"(...) ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*
>
> *El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
> *(...)*

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio. (...)" (Subraya fuera del texto original)

Por tanto, el artículo 36 permitió que la situación jurídica se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional, para las personas que cumpliesen uno de los siguientes requisitos, los cuales debían estar reunidos al momento de la entrada en vigencia del sistema de pensiones:

1. Hombres que tuvieran más de cuarenta años
2. Mujeres mayores de treinta y cinco años
3. Hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados

Tal como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia proferida el 12 de mayo de 2005 dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2000-04685-01 (2938-04), *"la transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior"*.

En lo que hace relación a las normas aplicables al monto del ingreso base de liquidación de la pensión, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 28 de octubre de 2004 dentro del expediente

No. 76001-23-31-000-2001-05461-01 (5884-03), indicó que "*no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993,* ***pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio***."

De lo anterior se colige que el monto de la pensión, que incluye el porcentaje y la base de liquidación, para las personas amparadas por el régimen de transición se rige por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Como resultado de lo expuesto se tiene que la normatividad aplicable para la pensión de jubilación del demandante y su liquidación era la Ley 33 de 1985, la cual aplicaba a todos los servidores públicos de todos los niveles que no se encontraran exceptuados de ella.

3.3. Del régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985.

En los términos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, la consolidación del derecho a la pensión ordinaria de jubilación surge cuando se cumplen 20 años de servicio y 55 años de edad. En cuanto a la base de liquidación, la precitada ley dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio y enumeró en su artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de los mencionados aportes; disposición que fue modificada por el artículo 1° inciso 2° de la Ley 62 de 1985, en la que se incluyeron como factores de liquidación las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

No obstante, es importante señalar que la Sala Plena de la Sección

Segunda del Consejo de Estado por vía jurisprudencial, a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, dictada con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del expediente con radicado interno No. 0112-2009, precisó que los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 lo eran únicamente a título enunciativo, por cuanto debían incluirse todos los que habitual y periódicamente recibía el trabajador como retribución de sus servicios.

En suma, atendiendo tal postura jurisprudencial, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, comoquiera que son devengados periódicamente por el trabajador en razón a la prestación del servicio y no constituyen sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador.

Posteriormente y en contravía a la postura de unificación anterior, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-230 de 2015, en donde adopta un criterio disímil a partir de lo considerado previamente en la sentencia C-258 de 2013 donde, en sede de revisión de tutela, indicó que la interpretación del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 se debe entender en el sentido de que el modo de promediar la base de liquidación de la pensión de jubilación o vejez no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que dicho régimen solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación y que, por lo tanto, el IBL debe ser el contemplado en el régimen general para todos los efectos.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso No. 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013) con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve, con ocasión de la expedición de la sentencia en comento, reiteró su posición unánime relativa a que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprendía la base de liquidación (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), a excepción de las pensiones de congresistas y asimilados que se encuentran regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la referida sentencia C-258 del 2013.

Según se determinó en la providencia, si se acogiera la variación interpretativa que pretendía introducir la Corte Constitucional en la

sentencia SU-230 de 2015 se afectaría el derecho a la igualdad de los beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas. A su juicio, no parece acorde con los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales el cambio jurisprudencial mencionado, toda vez que si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional en el año 2014, quedando pendiente un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el derecho, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera y, en cambio, sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los mencionados principios.

El pronunciamiento enfatizó que el argumento expuesto en la sentencia C-258 de 2013 para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 no se puede generalizar y, por ende, aplicar como precedente a otros regímenes, pues ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hace parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, ni goza de reconocimientos que generen afectación al principio de sostenibilidad financiera.

Devino luego el pronunciamiento de la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en sentencia de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016, dentro del proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2016-01334-01, donde se decidió lo siguiente:

> *"(...) PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 13 de octubre del 2016, emitida por la Sección Cuarta de esta Corporación, en la cual negó el amparo solicitado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para en su lugar, AMPARAR el derecho al debido proceso de la accionante, en consecuencia, ORDENAR a la Sección Segunda del Consejo de Estado, que en el término de diez (10) días profiera una nueva decisión atendiendo a los lineamientos trazados en esta providencia. (...)"*

Ello al considerar lo que se transcribe enseguida:

> *"(...) Ahora bien, encuentra la Sala que el argumento central con el que el a quo constitucional dispuso negar el amparo giró en torno a que, en su criterio, resultaba desproporcionado aplicar las reglas*

fijadas en la SU 230 de 2015 en aquellos casos en que los ciudadanos hubiesen iniciado el trámite ordinario antes de que se profiriera la citada sentencia de unificación, razonamiento que no es de recibo en la medida que esta Sala ha señalado que 'el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.' (...) hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como la igualdad, seguridad jurídica y la confianza legítima.'
(...)
(...) la decisión dictada por la autoridad judicial accionada -Sección Segunda de esta Corporación, desconoció las reglas que respecto el tema bajo estudio, fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015; jurisprudencia que conforme a los argumentos expuestos en párrafos precedentes, era de obligatorio cumplimiento por el la Sección Segunda del Consejo de Estado y la cual estaba vigente para fecha en que se profirió el fallo acusado (...)"

No obstante, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó los efectos de la sentencia C-258 de 2013 de la siguiente manera:

"(...) De este modo, como el régimen pensional de la señora Delcy del Río Arellano era el contemplado en la Ley 33 de 1985 y no el establecido para los congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios (Ley 4 de 1992), la sentencia alegada como desconocida tampoco resulta aplicable al presente asunto.

Sin embargo, como la Corte Constitucional mediante Auto 326 de 2014, reafirmó la interpretación que sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 había fijado la sentencia ***C-258 de 2013****, según la cual el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y*

excluye el IBL, es preciso advertir que el Tribunal Administrativo del Bolívar no desconoció dicho precedente, por cuanto la peticionaria ***adquirió su derecho pensional con anterioridad a ese pronunciamiento,*** *en razón a lo siguiente:*

(...)

(...) ***la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013,*** *dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006.* ***En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.***

Así las cosas, <u>los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos</u>*, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde 'el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas'. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

De conformidad con el análisis antes expuesto, da cuenta la Sala que, frente a la acción de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, no se tuvo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia del 9 de noviembre de 2016 precisó que las interpretaciones jurisprudenciales de esa Corporación no podían ser extendidas a las pensiones consolidadas con anterioridad al 7 de mayo de 2013, esto es, la fecha de expedición de la Sentencia C-258 del mismo año, por tratarse de derechos adquiridos.

La sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de

Estado el 5 de mayo de 2016 coincide en señalar que, en materia del IBL de pensiones, cuando se trata de resolver casos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe seguirse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 conforme a las cuales el mencionado asunto debe dilucidarse atendiendo las previsiones de la Ley 100 de 1993 y no las señaladas en el régimen anterior; postura opuesta a la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, que sostuvo que el IBL **es parte integrante del régimen de transición** y, por ello, se debe acudir a las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

Aunque la Sección Quinta del Consejo de Estado en la acción de tutela antes citada se pronunció adoptando una posición opuesta a la de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, no puede obviarse que la aludida providencia dejó de aplicar una línea jurisprudencial que esa misma Corporación ha sostenido establemente, en la que se indica que el régimen de transición implica la aplicación del régimen anterior **integralmente** y no puede excluir el IBL so pena de incurrir, por contera, en la vulneración del principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad cuando se está ante idénticos supuestos fácticos y jurídicos.

En el mismo sentido, resulta inadmisible que, luego de haberse logrado un avance en la interpretación unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el año 2010 en torno al reconocimiento de la plena efectividad de los derechos pensionales derivados de la interpretación favorable del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se adopte una tesis restrictiva y desfavorable como la expuesta en la la sentencia SU-230 de 2015 frente a quienes, como en este caso, son beneficiarios de una regulación especial como la contenida en la Leyes 33 y 62 de 1985, desconociendo, en sentir de esta Sala, el ***principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*** en la medida en que se vería frustrada la protección ya otorgada a dichos beneficiarios, impidiéndoles gozar de sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano.

Es por ello que, ante la existencia de una consolidada línea jurisprudencial integrada por una sentencia de unificación y varias sentencias proferidas en juicios ordinarios y de tutela por parte del Consejo de Estado sobre el mismo asunto, no queda duda a esta Sala frente a su deber de seguir los criterios sentados en los fallos de esa Corporación, no sólo en aplicación

de la Constitución Política, sino también de los artículos 10 y 270 del de la Ley 1437 de 2011. Cabe mencionar, de un lado, que la acción de tutela va encaminada a salvaguardar derechos particulares y concretos, salvo los casos en los que se otorguen efectos *inter comunis* a la decisión, en cambio, los precedentes surgen a partir de reiterados pronunciamientos, como sucede en lo que se refiere a la integralidad del sistema pensional anterior y, de otro lado, que las sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado son fuente de derecho, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 24 de agosto de 2011 y C-816 de 2011, así que desconocerlas implicaría un desconocimiento de la Ley.

A más de lo anterior, dirá la Sala que por vía de tutela, recientemente, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, proferida con ponencia del Consejero Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera[1] señaló el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, so pena de incurrir en un desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, en consecuencia, en vía de hecho. Se dijo allí:

> *"(...) Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
> *(...)*
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015, no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*
> *(...)*
> *En cuanto a la debida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de*

[1] CE 1, 22 Sep. 2016, e11001031500020160009400, R. Serrato.

1993, cabe recordar que este fue determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995, que estudió la exequibilidad de ese artículo, precedente que, de conformidad con la jurisprudencia de esa Corporación, resulta de obligatorio acatamiento.
(...)
En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016, para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)"

Ahora, en un pronunciamiento más reciente, el Consejo de Estado mediante la sentencia del 9 de febrero de 2017, dictada con ponencia del consejero César Palomino Cortés dentro del proceso con radicado No. 25000234200020130154101, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 -proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado- sostuvo que en las sentencias T-631 de 2002, T-169 de 2003, T-651 de 2004, T-158 de 2006, T-251 de 2007, T-101 de 2008 y T-180 de 2008, la Corte Constitucional venía manteniendo la tesis de que el ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición era el correspondiente al del régimen anterior y que el efecto útil del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 está en suplir eventuales vacíos en los regímenes derogados.

Asimismo, como *ratio decidendi*, esa Corporación había afirmado que se vulneraban los derechos pensionales cuando no se aplicaba en su integridad el régimen especial en el que se encontraba amparado el beneficiario del régimen de transición, ya que **el monto y la base de liquidación de la pensión formaban una unidad inescindible**; criterio que fue modificado en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al

considerar que el ingreso base de liquidación (IBL) no es un aspecto sujeto a transición -para establecerlo debe aplicarse lo contenido en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993- y que, como factores de liquidación de la pensión, solo podrán tomarse aquellos ingresos percibidos efectivamente por el beneficiario que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones respectivas. Sin embargo, la Corte Constitucional fija un punto de partida para aplicar la interpretación a que se contrajo la sentencia C-258 de 2013 al aseverar que se aplicará a pensiones consolidadas **después del 7 de mayo de 2013**, esto es, cuando fue proferida ésta decisión judicial.

No obstante, en el más reciente pronunciamiento la misma Sección Quinta en sentencia de 23 de marzo de 2017[2], rectificó el anterior criterio jurisprudencial, en el sentido de indicar que "*De conformidad con lo señalado, la Corte Constitucional reconoce la imposibilidad de aplicar un cambio jurisprudencial de forma retroactiva o sin considerar el momento en que se consolidó un derecho, lo cual presupone además, que la protección del derecho pensional cuando la pensión haya sido obtenida legalmente, esto es sin abuso del derecho o sin fraude a la Ley*".

Así las cosas, y de acuerdo con éste última pronunciamiento, la sentencia SU-230 de 2015, únicamente podrá ser aplicada a los casos en los cuales el derecho pensional se consolidó **con posterioridad a la expedición de dicho precedente jurisprudencial, esto es el 6 de julio de 2015**, en tanto, a las pensiones causadas o consolidadas con anterioridad a dicha fecha, le resulta aplicable el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010.

Así pues, la línea jurisprudencia del Consejo de Estado ha sintetizado que el régimen de transición debe reconocerse: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa, b) con la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) con los factores integrantes del régimen anterior como meramente enunciativos y no taxativos, d) ordenando el descuento de los aportes que no se hubieren efectuado oportunamente para mantener el equilibrio de las finanzas públicas pensionales.

---

[2] *CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO. Bogotá, D. C., marzo veintitrés (23) de dos mil diecisiete (2017). RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-15-000-2016-03366-01*

En estas condiciones, aún ante la presencia de la mencionada sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado[3], lo cierto es que el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Administrativa ha reiterado la tesis dominante de esa Corporación y mantiene incólume la decisión de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 por considerar que atender las decisiones de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016, proferidas por la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, atentaría contra los principios de progresividad y favorabilidad, y comprometería derechos laborales de rango constitucional.

4. CASO CONCRETO

En el presente asunto, pretende la demandante que se reliquide la pensión de jubilación con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

Analizado el caudal probatorio obrante dentro del expediente, encuentra la Sala que la señora Ana Hercilia Hamon Naranjo es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto

---

[3] Vale la pena agregar que en sentencia dictada el 23 de marzo de 2017 dentro del proceso con radicación No. 11001-03-15-000-2016-03366-01 (reiterada el 11 de octubre de 2017 en la sentencia dictada dentro del proceso No. 11001-03-15-000-2017-01082-01, C.P. Rocío Araújo Oñate), la Sección Quinta expidió una providencia en la que rectifica parcialmente su posición en el sentido de señalar que la interpretación de la Corte Constitucional solo es aplicable para las pensiones consolidadas con posterioridad al 6 de julio de 2015, fecha en que fue dictada la sentencia SU-230 de 2015: "*(...) Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio,* ***opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación****, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.*

Sin embargo, por involucrar ***derechos adquiridos****, ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política.*

Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues ***no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida****. (...)*" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

al entrar en vigencia dicha Ley, el 30 de junio de 1995[4], contaba con 37 años de edad y 16 años de servicio, cumpliendo de esta manera con el requisito de la edad y tiempo de servicios consagrado en el artículo 36[5] de la Ley 100 de 1993 para acceder al régimen de transición, de tal suerte, que el régimen pensional anterior aplicable a la pensión reconocida a la demandante, es el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Ahora, se observa que mediante Resolución No. GNR 361829 del 19 de diciembre de 2013, la entidad demandada reconoció pensión de vejez a la demandante, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos 10 años, tal como lo dispone la Ley 100 de 1993, sin mencionar con que factores salariales sería reliquidado el quantum, pero en la motivación del acto indicó que se realizaría con los emolumentos establecidos en el Decreto 1158 de 1994, acto administrativo que fue modificada por la Resolución GNR 277510 del 05 de agosto de 2014, mediante la cual mantiene el IBL de los últimos 10 años y con efectos a partir del 1 de junio de 2013.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 debe tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación de la demandante, los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios el cual comprende desde el **01 de junio de 2012 al 01 de junio de 2013**, periodo durante el cual, la demandante percibió los siguientes emolumentos, de acuerdo con certificación expedida por la Escuela Superior de Administración Pública (fl. 36 y CD carpeta administrativa fl. 62) los siguientes emolumentos: asignación básica, prima técnica, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios y en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia devengo para el mismo período Horas Catedra (fl. 99 vto y 100).

---

[4] *Fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para los servidores de la Gobernacion de Boyacá.*

[5] "***Régimen de transición.*** *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

Así las cosas, es dable afirmar que los actos enjuiciados se encuentran viciados de ilegalidad, siendo procedente declarar su nulidad y la consecuente reliquidación pensional reclamada con inclusión de los factores salariales anteriormente enunciados, esto es, **la asignación básica, prima técnica, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios y horas catedra**.

En cuanto a la prima técnica y de acuerdo al precedente que ha venido siendo acogido por este Tribunal[6], respecto de su inclusión como factor salarial, teniendo en cuenta que la Escuela Superior de Administración Pública certificó que la misma *"se reconoció por el cumplimiento de requisitos adicionales a los exigidos para el empleo y fueron los de; **título de formación avanzada correspondientes a especialista en finanzas públicas y trece (13) años de experiencia laboral** a partir del mes de noviembre de 2011 hasta el 24 del mes de mayo del año 2013"* (fl. 105), y además, atendiendo las razones expuestas por la Sala de Decisión No. 5 de este Tribunal, con ponencia del Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros, así:

> *"(…) Sin embargo, al revisar la decisión objeto de impugnación se constata que el Juez de instancia no incluyó dentro de la orden de reliquidación de la pensión del demandante el factor de **prima técnica**, el que no obstante se encuentra acreditado que fue devengado por la actora en el último año de prestación de servicio (fl. 205-206); si bien dentro de la motivación del fallo de primera instancia no se avizoran razones para no incluir la referida prima en la base de la liquidación pensional, esta Sala en todo caso negará su inclusión por lo siguiente:*
>
> *El Decreto 1661 de 1991 dispone que la mencionada prima técnica constituirá factor salarial en los siguientes supuestos:*
>
> > ***"Artículo 7°.-** Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho de percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto, **y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.**" (Negrilla fuera de texto).*
>
> *Esta misma normativa dispone el evento en que la prima técnica se otorga con base en la evaluación del desempeño, así:*

[6] *Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 5, sentencia del 14 de diciembre de 2016. Rad. No. 150013333005-2014-00014-02. M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros.*

> ***"Artículo 3°.-*** *Niveles en los cuales se otorga Prima Técnica-* ***Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo.*** *La Prima Técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles." (Negrilla fuera de texto).*

Como se aprecia, la prima técnica ***constituye factor salarial cuando se acredite el título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años****, según las voces del artículo 2° literal a) del mencionado Decreto 1661 de 1991, Pero* ***no constituye factor salarial*** *cuando se asigna con base en la evaluación del desempeño, conforme lo señalado en el citado artículo 7° de la norma en cita.*

Ahora bien, el referido artículo 3° establece como condición el disfrute de la prima técnica con base en los estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo; mientras que la prima técnica con base en la evaluación del desempeño se asigna en todos los niveles, es decir, en todos aquellos que no sean de los niveles descritos."

De conformidad con lo anterior y en atención a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado como autoridad máxima de lo contencioso administrativa, el 4 de agosto de 2010, debe la entidad demandada incluir todos los factores devengados por el empleado, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Se advierte, que el sub examine no es susceptible de aplicar las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 invocadas por la entidad demandada en la contestación de la demanda, en cuanto a la primera quedó claro que los únicos destinatarios del análisis constitucional que se realizó en tal providencia, son los Congresistas y Magistrados de Alta Corte que tienen un régimen pensional especial previsto en la Ley 4ª de 1992, diferente al que rige la pensión de la demandante, el cual está contenido en las Leyes 33 y 62 de

1985, frente al que no hizo referencia alguna la Corte Constitucional en esa oportunidad. Y respecto a la segunda, su aplicación está condicionada a que el derecho pensional se haya causado con posterioridad a la fecha de su expedición, circunstancia que no acontece en el presente asunto, toda vez que el derecho pensional de la demandante se causó con anterioridad a la vigencia de la sentencia SU-230 de 2015.

Con sustento en el anterior análisis, la Sala encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, por cuanto la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, al liquidar la pensión de la señora ANA HERCILIA HAMON NARANJO, no tomó todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio, tal como lo establece el precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado.

Por consiguiente, es dable declarar la nulidad declare la nulidad de los actos administrativos demandados, que negaron la solicitud de reliquidación pensional y ordenar la reliquidación de la mesada pensional de la demandante con inclusión de los siguientes factores salariales con el 75% del promedio de **la asignación básica, prima técnica, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios y horas catedra**.

- **DE LA PRESCRIPCIÓN SOBRE LAS MESADAS CAUSADAS.**

La Entidad demandada en su escrito de excepciones solicitó la declaratoria de prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de adquisición del status pensional.

Pues bien, conforme lo establecen los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de1969, los derechos laborales prescriben tres años después de que se hacen exigibles. Según estas normas, el simple reclamo escrito del trabajador ante la autoridad competente interrumpe el término, pero sólo por un lapso igual.

Significa lo anterior, que los beneficiarios de un derecho tienen la posibilidad de interrumpir el término prescriptivo en sede administrativa por una sola vez. Posteriormente, el plazo de los tres años empieza a contarse nuevamente y los interesados tan sólo cuentan con la alternativa de acudir ante la jurisdicción para lograr la interrupción definitiva. De lo contrario, es decir, de no incoar la acción respectiva, los derechos

continúan extinguiéndose con el paso del tiempo.[7]

Con todo, ha de aclararse que como es sabido, en materia de pensiones la prescripción se aplica con respecto a las mesadas pensionales, más no sobre el derecho a la prestación.

Descendiendo al caso concreto se advierte que la demandante consolidado el derecho jubilatorio el 1° de junio de 2013, éste acudió a cuestionar la liquidación allí contenida y hacer exigible su derecho a la reliquidación el 27 de agosto de 2014, y COLPENSIONES se pronunció a través de la Resolución GNR 447690 del 28 de diciembre de 2014 notificada el 22 de enero de 2015 (fl. 20-25), negando la solicitud de reliquidación; el 9 de febrero de 2015 presentó recurso de reposición y apelación contra la decisión anterior, siendo resuelta mediante Resolución GNR 162032 del 1° de junio de 2015 y VPB 63443 del 28 de septiembre de 2015 notificada esta última el 04 de noviembre de 2015 (fl. 9), la demanda se presentó el 24 de febrero de 2016, esto es dentro de los tres años que establece el Decreto 3135 de 1968 para tal efecto, razón por la que se declarara no probada la excepción de prescripción de las diferencias causadas, pues en estos casos la operancia del fenómeno procesal se contabiliza tres años hacia atrás desde la última actuación tendiente a hacer exigible el derecho.

- **De los descuentos por aportes al empleado.**

Advierte la Sala que atendiendo el criterio sentado o trazado por este Tribunal en torno a este asunto, COLPENSIONES, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, puede la demandada cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en

---

[7]Decreto 1848 de 1969, artículo 102: *"Prescripción de acciones: 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado,* ***interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual"*** (negrilla fuera de texto).

concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al demandante entonces empleado, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección Constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

En consecuencia, esta Sala ordenará que la Entidad accionada al momento de realizar los descuentos por concepto de aportes pensionales frente a los factores salariales no efectuados, deberá tener en cuenta las anteriores directrices, por lo que estará a su cargo la elaboración y aplicación de una fórmula actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política en aras de la sostenibilidad financiera del Sistema, como la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, observando las reglas del debido proceso, de manera que el pensionado pueda conocer las sumas que le correspondía aportar en el porcentaje legal respectivo tanto a él como a su empleador, a fin de que éste pueda hacerlas exigibles en cuanto a éste último, si a bien lo tiene.

En cuanto a las sumas a deducir se ordenara la indexación respectiva a favor del ente de seguridad social, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de aportar respecto de los factores ahora incluidos, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

COSTAS

Conforme a lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, se condenará en costas a la parte demandada.

condenará en costas a la parte demandada.

En relación al criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que, a pesar de ser objetivo, se le califica de *"objetivo-valorativo"*[8] porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 CGP.

Teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho en un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que equivale al 1% de las pretensiones de la demanda (fls. 7).

Por Secretaría procédase a la liquidación de costas correspondiente.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de las **Resoluciones No. GNR 361829 del 19 de diciembre de 2013 y GNR 277510 del 5 de agosto de 2014**, a través de la cual se reconoció pensión de jubilación y se determinó como efectividad a partir del 1 de junio de 2013 respectivamente, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las **Resoluciones No. GNR 447690 de 28 de diciembre de 2014, GNR 162032 de 01 de junio de 2015 y VPB 63443 del 28 de septiembre de 2015,** mediante las cuales se negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante y se confirmó la decisión respectivamente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior se ordena a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a **RELIQUIDAR** la pensión de jubilación reconocida a **ANA HERCILIA HAMON NARANJO**, con el setenta y cinco (75%) de la asignación mensual incluyendo para el efecto los siguientes factores: **LA ASIGNACIÓN BÁSICA,**

[8] *CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.*

PRIMA TÉCNICA, PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE NAVIDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS Y HORAS CATEDRA, percibidas durante el lapso comprendido entre el 1° de junio de 2012 al 1° de junio de 2013 en las condiciones establecidas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a pagar las diferencias resultantes de la reliquidación ordenada aplicada desde el momento en que se causó el derecho, esto es, desde el 1° de junio de 2013 con lo reajuste e indexación respectiva, conforme se expuso en precedencia.

QUINTO: De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación la pensión de jubilación reconocida, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General de Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de la vida laboral del actor, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al demandante – entonces empleado – en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

La Entidad demandada deberá elaborar y aplicar una fórmula actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por la demandante en términos razonables, observando el debido proceso y de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Liquídese la condena conforme a la fórmula expuesta en la parte

127

motiva, la cual se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que adquirió el derecho.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la parte vencida en esta instancia, en un 1% de las pretensiones, esto es, en lo correspondiente a un (1) Salario Mínimo Legal Vigente, a favor de la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2013, del Consejo Superior de la Judicatura, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO: En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

2 14 JUL 2017

SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

DEMANDANTE:	ANGEL MIGUEL MASSIRIS CABEZA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
REFERENCIA:	150012333000-**2016-00290-00**
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL
ASUNTO:	**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotados los ritos propios de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, profiere la Sala sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor ANGEL MIGUEL MASSIRIS CABEZA, a través de apoderada judicial, acudió a esta jurisdicción con el fin de instaurar Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES por negar la reliquidación de la pensión del actor con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

1.1. DECLARACIONES Y CONDENAS (fls. 3-4)

Que se declare la nulidad de la **Resolución No. 02554 de 30 de enero de 2012**, expedida por el Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual se resolvió la solicitud de prestaciones económicas a favor del actor, condicionando su ingreso a nómina y pago hasta tanto se aportara el acto administrativo que acreditara el retiro oficial del servicio.

Que se declare la nulidad de la **Resolución No GNR 115856 de 29 de mayo de 2013**, expedida por COLPENSIONES, a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia y de la **Resolución No GNR 259889 de 15 de julio de 2014**, mediante la cual resolvió el recurso de

reposición contra aquélla.

Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la entidad demandada, expedir el acto administrativo por medio del cual se RELIQUIDE Y ORDENE EL PAGO DE UNA PENSIÓN MENSUAL VITALICIA DE JUBILACIÓN, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el accionante, durante el último año de servicios, esto es, desde el 28 de diciembre de 2011 hasta el 28 de diciembre de 2012.

Que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se **i)** Condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión mensual de jubilación, con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, esto es, desde el 28 de diciembre de 2011 hasta el 28 de diciembre de 2012, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 4ª de 1966, 33 de 1985, 62 de 1985, Decreto 1743 de 1966 y decantada jurisprudencia de la sala plena del Consejo de Estado, **ii)** condene al pago de las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el 28 de diciembre de 2012 (fecha a partir de la cual renunció), con su debida indexación mes a mes, **iii)** condene a que sobre las diferencias adeudadas cancele las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de estas, de conformidad con el IPC año por año, y **iv)** condene al cumplimiento del fallo, de conformidad con los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (fls. 4-7)

El apoderado del demandante, indicó que el señor ANGEL MIGUEL MASSIRIS CABEZA nació el 19 de febrero de 1956 y que prestó sus servicios en diversas entidades estatales, a saber:

- Alcaldía de Montería del 26 de enero de 1976 al 30 de septiembre de 1976.
- Gobernación de Córdoba del 01 de octubre de 1976 al 14 de marzo de 1985.
- IDIPRON del 24 de marzo de 1987 al 30 de noviembre de 1987.
- IGAC del 18 de julio de 1988 al 30 de septiembre de 1993 y
- Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia del 01 de octubre de 1993 al 27 de diciembre de 2012.

Señaló que por haber cumplido los requisitos, el 10 de mayo de 2011 el accionante solicitó a la entidad, el reconocimiento y pago de la pensión

de vejez, la cual fue reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, mediante la **Resolución No 02554 de 30 de enero de 2012**, condicionando su ingreso a nómina y pago hasta tanto se aportara el acto administrativo que acreditara el retiro oficial del servicio, con un porcentaje del 75% equivalente a ($3.727.069 m/cte).

Adujo que en el mencionado Acto Administrativo se liquidó la prestación referida aplicando las Leyes 100 de 1993 y 33 de 1985, y el Decreto 1158 de 1994. Sin embargo, se tuvo en cuenta únicamente el tiempo de trabajo comprendido entre el 26 de enero de 1976 hasta el 30 de enero de 2010, dejando de lado el periodo comprendido entre el 02 de enero de 2010 al 27 de diciembre de 2012.

Refirió que el 25 de febrero de 2013, el actor solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación, petición que fue resuelta a través de la **Resolución No GNR 115856 del 29 de mayo de 2013**, en la que se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de vejez al actor, en cuantía de ($4.739.551 m/cte).

Manifestó que en dicho acto administrativo la accionada liquidó la pensión, aplicando las Leyes 100 de 1993 y 33 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, normatividad que se tornaba incorrecta, por cuanto los precepto legales aplicables al caso son las Leyes 4ª de 1966, 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1743 de 1966, por lo que se le debe liquidar con lo devengado en el último año de servicios con la totalidad de factores salariales percibidos por el actor.

Indicó que contra la decisión anterior, el actor interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la **Resolución No GNR 259889 del 15 de julio de 2014**, confirmando en su totalidad el acto impugnado.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Constitucionales: Artículo 2, 6, 13, 25 y 48 de la Constitución Política de Colombia.

Legales: Ley 57 de 1887, ley 4 de 1966, ley 33 y 62 de 1985, ley 100 de 1993 y Decreto 1743 de 1966.

Respecto a la violación de la Carta Política, señaló que la accionada COLPENSIONES desconoció entre otras cosas, las leyes y principios que

favorecen al actor por ser beneficiario del Régimen de Transición, el principio de igualdad, el derecho al trabajo, el principio de favorabilidad y el derecho a la Seguridad Social.

Señaló que la accionada COLPENSIONES reconoció la pensión de jubilación, sin tener en cuenta que por principio de favorabilidad e inescindibilidad de la norma, la liquidación debe efectuarse con todo lo devengado en el último año de servicio, incluidos todos los factores salariales, de conformidad con las leyes 4ª de 1966, 33 y 62 de 1985, Decreto 1743 de 1966 y jurisprudencia de la sala plena del Consejo de Estado, por cuanto los pensionados que se encuentren amparados en el Régimen de Transición, tienen derecho a que se liquide la pensión con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicio, incluidos todos los factores salariales que habitual y periódicamente haya devengado en el último año de servicios.

Respecto a los factores salariales, agregó que si bien es cierto, la Ley 62 de 1985 hace una precisión de los mismos, de acuerdo a decantada jurisprudencia del Consejo de Estado, la liquidación de las pensiones debe realizarse con base en todo lo que el trabajador recibió en forma mensual o periódica, como contraprestación de sus servicios, pues todo lo recibido constituye salario.

Así las cosas, COLPENSIONES motivó falsamente el Acto Administrativo de reconocimiento pensional, al realizar la liquidación, conforme a la Ley 33 de 1985 y Decreto 1158 de 1994, por cuanto el actor para el 01 de abril de 1994, contaba con más de 15 años de servicio, de lo que se colige, que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que las normas aplicables son las anteriores a la Ley 100 de 1993, esto es, las Leyes 4ª de 1966, 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1743 de 1966.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 07 de abril de 2016 (fl.77) correspondiéndole por reparto al Tribunal Administrativo de Boyacá. Mediante auto de 16 de mayo de 2016, esta Corporación resolvió admitir la demanda. (fl. 79). La demandada contestó dentro del término legal (fls. 87-105).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 87-105)

La apoderada judicial de la entidad demandada COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que los actos administrativos demandados fueron expedidos con estricta sujeción a la normatividad vigente para el reconocimiento, pago y reliquidación de pensiones, toda vez que se efectuó el estudio de la prestación en consonancia con la Ley 33 de 1985, liquidándose de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Sostuvo que para efectos de reliquidación de la pensión de vejez se debía estar a lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, disposición que no contempla todos los factores salariales, además no se efectuaron aportes con destino a la pensión sobre los mismos.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, precisó que los mismos corresponden al valor de las cotizaciones efectivamente realizadas, es decir, aquellos que fueron devengados por el trabajador y reportados y certificados por la entidad.

Así las cosas, indicó que no son de recibo los factores salariales que pretende hacer valer el actor, por cuanto, dentro del traslado de la demanda no se aportaron certificaciones CLEPB que permitan acreditar los factores salariales efectivamente devengados por el demandante, máxime cuando dichas certificaciones constituyen el único medio probatorio para acreditar la calidad y los tiempos laborados como empleado público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 13 de 2001.

En concordancia con lo anterior, añadió que la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de 2015, estableció que el IBL no hacía parte de la transición según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Respecto al pago de intereses moratorios, añadió que el mismo únicamente procedía por la mora en el pago en una eventual sentencia condenatoria.

Así las cosas, adujo que los factores salariales que se tuvieron en cuenta para la liquidación de la prestación del demandante, corresponden al valor de las cotizaciones efectivamente realizadas, esto es, aquellas que fueron reportadas y certificadas por la entidad, de lo que se colige, que

con su actuar dio cabal cumplimiento al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto los únicos aspectos susceptibles de transición respecto al régimen anterior, lo constituyen el tiempo de servicios, monto y número de semanas cotizadas.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: ***i)*** *Falta de jurisdicción o competencia,* ***ii)*** *falta de integración de litisconsorcio necesario,* ***iii)*** *Inexistencia del derecho y la obligación,* ***iv)*** *Improcedencia de intereses moratorios,* ***v)*** *Improcedencia de indexación,* ***vi)*** *cobro de lo no debido,* ***vii)*** *buena fé de Colpensiones,* ***vii)*** *compensación o deducción de pagos realizados,* ***viii)*** *prescripción y,* ***ix)*** *Genérica o innominada.*

4. ALEGATOS DE CONCLUSION

4.1. Parte demandada.

Guardó silencio

4.2. Ministerio Público (fls. 181-188)

El procurador 45 Judicial II para asuntos administrativos de Tunja, emitió concepto No 060 de fecha 18 de mayo de 2017, en el cual precisó que de conformidad con las pruebas allegadas al expediente, como factores salariales devengados por el actor se encontraban: sueldo básico, gastos de representación, bonificación por servicios, bonificación productividad, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, factores que debían ser incluidos en la liquidación pensional, por cuanto el actor se encuentra dentro de los supuestos del Régimen de Transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley100 de 1993.

Respecto al pago de vacaciones en dinero, señaló que el mismo no era susceptible de cómputo para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, toda vez que se trata der un emolumento que no tiene carácter salarial ni prestacional, pues corresponde al descanso remunerado del trabajador.

Por lo anterior, solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

4.3. Parte demandante. (fl. 189-193)

La apoderada del accionante reiteró los argumentos del escrito de

demanda, en el sentido de que la autoridad administrativa incurrió en desviación de poder, al omitir liquidar la pensión de jubilación con todo lo devengado en el último año de servicio, incluidos todos los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el 28 de diciembre de 2011 al 28 de diciembre de 2012, al ser beneficiario del Régimen de Transición.

I. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Sala establecer sí es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a favor del accionante con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, dando aplicación íntegra a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

De la interpretación de las pretensiones de la demanda y de la contestación de la misma, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Analizadas las interpretaciones divergentes que sobre el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se han suscitado en el seno de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, actualmente puede afirmarse que no existe controversia frente a la aplicación del precedente fijado por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en caso de que (i) no se presente abuso del derecho y (ii) el derecho pensional se haya consolidado antes de la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015. Como en el presente caso se reúnen ambos requisitos, la pensión de jubilación reconocida al actor debió liquidarse

teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Obligatoriedad del precedente de unificación

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y en desarrollo del artículo 103 Constitucional, se consolidó la importancia de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y las decisiones tomadas por la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales.

El artículo 10° de la Ley 1437 de 2011 impone a las autoridades administrativas el deber de aplicación de manera igualitaria de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a los asuntos que contengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es decir, que cuando una autoridad administrativa se encuentre ante casos con los mismos hechos y fundamentados en las mismas normas jurídicas deberán adoptar decisiones uniformes. En otras palabras, siempre y cuando se den los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es obligación tener en cuenta las sentencias de unificación en las que se efectúe la interpretación y aplicación de dichas normas que sustenten la solución del asunto; obligación que impone el artículo mencionado.

La Corte Constitucional en sentencia C–634 de 2011, al analizar la exequibilidad del artículo 10° de la Ley 1437 de 2011, dispuso la constitucionalidad condicionada de dicho artículo en el entendido que, así como se debían tener en cuenta la sentencias de unificación del Consejo de Estado, de manera preferente correspondía tener en cuenta las decisiones tomadas por la Corte Constitucional en las cuales se interpretaran las normas constitucionales aplicables al caso en concreto.

En ese sentido, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, la solicitud de extensión de la jurisprudencia -ya sea adelantada ante la autoridad administrativa competente o ante el Consejo de Estado por negativa de la autoridad- y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia son figuras jurídicas tendientes a que se aplique realmente el precedente jurisprudencial administrativo.

3.2. Del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y de la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Con la Ley 100 de 1993 el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estableciéndose dentro del mismo los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez, derogando a su vez los diferentes regímenes pensionales existentes con anterioridad.

Sin embargo, en su artículo 36 contempló un régimen de transición, en los siguientes términos:

> *"(...) ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*
>
> *El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
> *(...)*
> *Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.*
>
> *PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez*

de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio. (...)" (Subraya fuera del texto original)

Por tanto, el artículo 36 permitió que la situación jurídica se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional, para las personas que cumpliesen uno de los siguientes requisitos, los cuales debían estar reunidos al momento de la entrada en vigencia del sistema de pensiones:

1. Hombres que tuvieran más de cuarenta años
2. Mujeres mayores de treinta y cinco años
3. Hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados

Tal como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia proferida el 12 de mayo de 2005 dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2000-04685-01 (2938-04), *"la transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior"*.

En lo que hace relación a las normas aplicables al monto del ingreso base de liquidación de la pensión, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 28 de octubre de 2004 dentro del expediente No. 76001-23-31-000-2001-05461-01 (5884-03), indicó que *"no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993,* ***pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y***

diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio."

De lo anterior se colige que el monto de la pensión, que incluye el porcentaje y la base de liquidación, para las personas amparadas por el régimen de transición se rige por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Como resultado de lo expuesto se tiene que la normatividad aplicable para la pensión de jubilación del demandante y su liquidación era la Ley 33 de 1985, la cual aplicaba a todos los servidores públicos de todos los niveles que no se encontraran exceptuados de ella.

3.3. Del régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985.

En los términos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, la consolidación del derecho a la pensión ordinaria de jubilación surge cuando se cumplen 20 años de servicio y 55 años de edad. En cuanto a la base de liquidación, la precitada ley dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio y enumeró en su artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de los mencionados aportes; disposición que fue modificada por el artículo 1° inciso 2° de la Ley 62 de 1985, en la que se incluyeron como factores de liquidación las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

No obstante, es importante señalar que la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado por vía jurisprudencial, a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, dictada con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del expediente con radicado interno No. 0112-2009, precisó que los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 lo eran únicamente a título enunciativo, por cuanto debían incluirse todos los que habitual y periódicamente recibía el trabajador como retribución de sus servicios.

En suma, atendiendo tal postura jurisprudencial, deben ser incluidos en la

base de liquidación de la pensión todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, comoquiera que son devengados periódicamente por el trabajador en razón a la prestación del servicio y no constituyen sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador.

Posteriormente y en contravía a la postura de unificación anterior, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-230 de 2015, en donde adopta un criterio disímil a partir de lo considerado previamente en la sentencia C-258 de 2013 donde, en sede de revisión de tutela, indicó que la interpretación del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 se debe entender en el sentido de que el modo de promediar la base de liquidación de la pensión de jubilación o vejez no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que dicho régimen solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación y que, por lo tanto, el IBL debe ser el contemplado en el régimen general para todos los efectos.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso No. 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013) con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve, con ocasión de la expedición de la sentencia en comento, reiteró su posición unánime relativa a que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprendía la base de liquidación (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), a excepción de las pensiones de congresistas y asimilados que se encuentran regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la referida sentencia C-258 del 2013.

Según se determinó en la providencia, si se acogiera la variación interpretativa que pretendía introducir la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015 se afectaría el derecho a la igualdad de los beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas. A su juicio, no parece acorde con los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales el cambio jurisprudencial mencionado, toda vez que si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional en el año 2014, quedando pendiente un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el derecho, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad

financiera y, en cambio, sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los mencionados principios.

El pronunciamiento enfatizó que el argumento expuesto en la sentencia C-258 de 2013 para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 no se puede generalizar y, por ende, aplicar como precedente a otros regímenes, pues ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hace parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, ni goza de reconocimientos que generen afectación al principio de sostenibilidad financiera.

Devino luego el pronunciamiento de la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en sentencia de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016, dentro del proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2016-01334-01, donde se decidió lo siguiente:

> *"(...) PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 13 de octubre del 2016, emitida por la Sección Cuarta de esta Corporación, en la cual negó el amparo solicitado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para en su lugar, AMPARAR el derecho al debido proceso de la accionante, en consecuencia, ORDENAR a la Sección Segunda del Consejo de Estado, que en el término de diez (10) días profiera una nueva decisión atendiendo a los lineamientos trazados en esta providencia. (...)"*

Ello al considerar lo que se transcribe enseguida:

> *"(...) Ahora bien, encuentra la Sala que el argumento central con el que el a quo constitucional dispuso negar el amparo giró en torno a que, en su criterio, resultaba desproporcionado aplicar las reglas fijadas en la SU 230 de 2015 en aquellos casos en que los ciudadanos hubiesen iniciado el trámite ordinario antes de que se profiriera la citada sentencia de unificación, razonamiento que no es de recibo en la medida que esta Sala ha señalado que 'el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.' (...) hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo*

incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como la igualdad, seguridad jurídica y la confianza legítima.'
(...)
(...) la decisión dictada por la autoridad judicial accionada -Sección Segunda de esta Corporación, desconoció las reglas que respecto el tema bajo estudio, fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015; jurisprudencia que conforme a los argumentos expuestos en párrafos precedentes, era de obligatorio cumplimiento por el la Sección Segunda del Consejo de Estado y la cual estaba vigente para fecha en que se profirió el fallo acusado (...)"

No obstante, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó los efectos de la sentencia C-258 de 2013 de la siguiente manera:

"(...) De este modo, como el régimen pensional de la señora Delcy del Río Arellano era el contemplado en la Ley 33 de 1985 y no el establecido para los congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios (Ley 4 de 1992), la sentencia alegada como desconocida tampoco resulta aplicable al presente asunto.

Sin embargo, como la Corte Constitucional mediante Auto 326 de 2014, reafirmó la interpretación que sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 había fijado la sentencia ***C-258 de 2013****, según la cual el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el IBL, es preciso advertir que el Tribunal Administrativo del Bolívar no desconoció dicho precedente, por cuanto la peticionaria* ***adquirió su derecho pensional con anterioridad a ese pronunciamiento,*** *en razón a lo siguiente:*
(...)
(...) ***la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013****, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006.* ***En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.***

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos

> ***adquiridos**, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde 'el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas'. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

De conformidad con el análisis antes expuesto, da cuenta la Sala que, frente a la acción de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, no se tuvo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia del 9 de noviembre de 2016 precisó que las interpretaciones jurisprudenciales de esa Corporación no podían ser extendidas a las pensiones consolidadas con anterioridad al 7 de mayo de 2013, esto es, la fecha de expedición de la Sentencia C-258 del mismo año, por tratarse de derechos adquiridos.

La sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de mayo de 2016 coincide en señalar que, en materia del IBL de pensiones, cuando se trata de resolver casos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe seguirse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 conforme a las cuales el mencionado asunto debe dilucidarse atendiendo las previsiones de la Ley 100 de 1993 y no las señaladas en el régimen anterior; postura opuesta a la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, que sostuvo que el IBL **es parte integrante del régimen de transición** y, por ello, se debe acudir a las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

Aunque la Sección Quinta del Consejo de Estado en la acción de tutela antes citada se pronunció adoptando una posición opuesta a la de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, no puede obviarse que la aludida providencia dejó de aplicar una línea jurisprudencial que esa misma Corporación ha sostenido establemente, en la que se indica que el régimen de transición implica la aplicación del régimen anterior **integralmente** y no puede excluir el IBL so pena de incurrir, por contera, en

la vulneración del principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad cuando se está ante idénticos supuestos fácticos y jurídicos.

En el mismo sentido, resulta inadmisible que, luego de haberse logrado un avance en la interpretación unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el año 2010 en torno al reconocimiento de la plena efectividad de los derechos pensionales derivados de la interpretación favorable del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se adopte una tesis restrictiva y desfavorable como la expuesta en la la sentencia SU-230 de 2015 frente a quienes, como en este caso, son beneficiarios de una regulación especial como la contenida en la Leyes 33 y 62 de 1985, desconociendo, en sentir de esta Sala, el ***principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*** en la medida en que se vería frustrada la protección ya otorgada a dichos beneficiarios, impidiéndoles gozar de sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano.

Es por ello que, ante la existencia de una consolidada línea jurisprudencial integrada por una sentencia de unificación y varias sentencias proferidas en juicios ordinarios y de tutela por parte del Consejo de Estado sobre el mismo asunto, no queda duda a esta Sala frente a su deber de seguir los criterios sentados en los fallos de esa Corporación, no sólo en aplicación de la Constitución Política, sino también de los artículos 10 y 270 del de la Ley 1437 de 2011. Cabe mencionar, de un lado, que la acción de tutela va encaminada a salvaguardar derechos particulares y concretos, salvo los casos en los que se otorguen efectos *inter comunis* a la decisión, en cambio, los precedentes surgen a partir de reiterados pronunciamientos, como sucede en lo que se refiere a la integralidad del sistema pensional anterior y, de otro lado, que las sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado son fuente de derecho, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 24 de agosto de 2011 y C-816 de 2011, así que desconocerlas implicaría un desconocimiento de la Ley.

A más de lo anterior, dirá la Sala que por vía de tutela, recientemente, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, proferida con ponencia del Consejero Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera[1] señaló el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, so pena de incurrir en un desconocimiento de los

[1] CE 1, 22 Sep. 2016, e11001031500020160009400, R. Serrato.

Comentó que respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el consejo de estado, en sus subsecciones A y B de la sección segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 1 de la Ley 62 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que solo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes y finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Señaló que dadas las anteriores divergencias en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en proveído calendado el 4 de agosto de 2010, en sala plena de dicha sección, logró unificar su posición llegando a la conclusión que la ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Luego de citar la normatividad y jurisprudencia aplicable al caso, concluyó que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como: asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a titulo ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio; se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Finalmente, de lo anterior, concluyó que COLPENSIONES deberá pagar las diferencias entre el valor efectivamente cancelado y la suma que debía reconocer de las mesadas pensionales de la señora ANA HERCILIA HAMON NARANJO, con efectividad a partir de la fecha en que se produjo su retiro del servicio público, esto desde el 1 de junio de 2013.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 24 de febrero de 2016 (fl.38) correspondiéndole por reparto al Tribunal Administrativo de Boyacá. Mediante auto de 11 de abril de 2016, esta Corporación resolvió admitir la demanda. (fl. 40). La demandada se contestó dentro del término legal (fls. 49- 61).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Fls. 49- 61)

3.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (fl. 189-201)

Expuso en cuanto a las pretensiones que se opone a todas ellas, debido a que carecen de fundamento jurídico, en los siguientes términos:

Frente a las pretensiones adujo que se opone a la prosperidad de las mismas, toda vez que las Resoluciones demandadas fueron expedidas conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, liquidándose de conformidad a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años. Agregó que la actora adquirió el status pensional el 20 de mayo de 2013 y fecha de efectividad el 01 de junio de 2013, es decir cuando ya se encontraba vigente el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional en Sentencia C-258 de 2013 y adoptado por Colpensiones en circulares 4 y 6 de 2013, por lo tanto se tuvieron en cuenta el valor de las cotizaciones efectivamente realizadas.

Frente a la pretensión numero 6, adujo que Colpensiones está en la obligación de aplicar el precedente jurisprudencial vigente para la fecha, esto es, la sentencia emitida por la Corte Constitucional No. C 258 de 2013, ratificada mediante la Sentencia SU 230 de 2015, y adoptada por la entidad en circulares 4 y 6 de 2013, mediante la cual la Corte hace un análisis exhaustivo para determinar como primera medida la INEXEQUIBILIDAD del aparte contenido en la Ley 33 de 1985, respecto de tener en cuenta los factores salariales del último año de servicio y resolver respecto de la determinación del ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición por extensión la obligatoriedad de tener como base o fundamento legal el articulo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en razón de que el legislador al aprobar la normatividad en comento "restringió las reglas del IBL" con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social, como el de universalidad, solidaridad,

eficiencia y equidad, con el fin de cumplir con el "mandato de distribución equitativa de los recursos públicos conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución Política.

Aclaró que ya que como lo manifiesta la Corte en la sentencia citada, la Ley 100 únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, pero en virtud del principio del equilibrio del sistema y de los demás principios generales de la seguridad social establecidos en el artículo 48 de la Constitución Política, se restringió el tema relacionado con el IBL pues el aplicar las normatividades anteriores respecto de este tema se violaría el derecho a la igualdad, equidad, solidaridad, pues se beneficiaría a unos pocos en contradicción a los derechos de los demás afiliados, generando derechos desproporcionados a quienes se les aplican las reglas del IBL establecidas en la Ley 100 de 1993.

Adujo que en la actualidad se encuentra vigente el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 el cual estableció que el salario mensual para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos y para la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión. Y agregó que Colpensiones para el reconocimiento pensional de la actora, tuvo en cuenta lo preceptuado en el Decreto en mención.

Agregó que respecto a los factores que se pretenden hacer valer dentro del presente proceso se tiene que dentro del traslado de la demanda no se portan certificaciones CLEBP que acrediten los factores salariales efectivamente devengados por la demandante, teniendo en cuenta que dichas certificaciones representan el único medio probatorio idóneo para certificar la calidad y los tiempos laborados como empleado público, para el reconocimiento de pensión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 13 de 2001.

Finalmente, propuso como excepción previa las que denominó: ***i)*** *"Falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario, numeral 9 articulo 100 del C.G.P"* y como excepciones de mérito: ***i)*** *"Inexistencia del derecho reclamado"*, ***ii)*** *"Improcedencia de los intereses moratorios"* , ***iii)*** *"Improcedencia de indexación"*, ***iv)*** *"Cobro de lo no debido"*, ***v)*** *"Buena fe de Colpensiones"*, ***vi)*** *"Prescripción"*, ***vii)*** *"Compensación o deducción de pagos realizados"* y ***viii)*** *"Innominada o genérica"*.

4. ALEGATOS DE CONCLUSION

4.1. Parte demandada: Guardó silencio.

4.2. Parte demandante (fl. 109-110)

El apoderado de la señora ANA HERCILIA HAMON NARANJO allegó escrito de alegatos de conclusión en los siguientes términos:

Adujo que de las pruebas que reposan en el expediente es claro que la actora nació en 20 de mayo de 1958 y para el 30 de junio de 1995 contaba con más de 35 años de edad y superaba los 15 años de servicio, por lo que al ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, motivo por el que tiene derecho a que su pensión de jubilación se liquide de conformidad con la Ley 33 de 1985, esto es con el 75% de lo devengado en el último año de servicio.

Adujo que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en proveído calendado el 26 de febrero de 2016, en Sala plena de dicha sección, llegó a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Agregó que el Consejo de Estado se refirió frente a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, por lo que citó apartes de la Sentencia de radicado 2011-020949-01 (2237-14) de fecha 9 de marzo de 2017 de la Sección Segunda, Subsección B del H. Consejo de Estado, Magistrado Ponente Cesar Palomino Cortés.

Finalmente solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda y se ordene a COLPENSIONES pagar las diferencias entre el valor efectivamente cancelado y la suma que debía reconocer de las mesadas pensionales de la actora, con efectividad a partir de la fecha de retiro del servicio.

4.3. Ministerio Público

Guardó silencio.

I. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Tal como fue definido en la fijación del litigio dentro de la presente audiencia, el problema jurídico a resolver consiste en establecer si es procedente o no la declaratoria de NULIDAD de los actos demandados, esto es, la **Resolución No. GNR 361829 del 19 de diciembre de 2013**, por medio de la cual se ordenó el reconocimiento de una pensión de jubilación de la demandante con el promedio de los factores devengados en los últimos 10 años de servicio, sujeta al retiro definitivo del servicio; la **Resolución GNR 277510 del 05 de agosto de 2014**, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición contra el anterior acto y se dispuso el pago pensional con efectividad a partir del 1° de junio de 2013 y mantuvo lo referente a la liquidación del quantum con los factores devengados en los últimos 10 años servidos, la **Resolución GNR 447690 del 28 de diciembre de 2014**, y **Resolución GNR 162032 del 1° de junio de 2015**, mediante las cuales la Entidad demandada negó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales del último año de servicios y finalmente la **Resolución VPB 63443 del 28 de septiembre de 2015**, a través de la cual se resolvió el recurso de apelación contra la decisión anterior y se confirmó en todas sus partes.

De la interpretación de las pretensiones de la demanda y de la contestación de la misma, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Analizadas las interpretaciones divergentes que sobre el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se han suscitado en el seno de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, actualmente puede afirmarse que no existe controversia frente a la aplicación del precedente fijado por el

órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en caso de que (i) no se presente abuso del derecho y (ii) el derecho pensional se haya consolidado antes de la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015. Como en el presente caso se reúnen ambos requisitos, la pensión de jubilación reconocida al actor debió liquidarse teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Obligatoriedad del precedente de unificación

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y en desarrollo del artículo 103 Constitucional, se consolidó la importancia de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y las decisiones tomadas por la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales.

El artículo 10° de la Ley 1437 de 2011 impone a las autoridades administrativas el deber de aplicación de manera igualitaria de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a los asuntos que contengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es decir, que cuando una autoridad administrativa se encuentre ante casos con los mismos hechos y fundamentados en las mismas normas jurídicas deberán adoptar decisiones uniformes. En otras palabras, siempre y cuando se den los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es obligación tener en cuenta las sentencias de unificación en las que se efectúe la interpretación y aplicación de dichas normas que sustenten la solución del asunto; obligación que impone el artículo mencionado.

La Corte Constitucional en sentencia C–634 de 2011, al analizar la exequibilidad del artículo 10° de la Ley 1437 de 2011, dispuso la constitucionalidad condicionada de dicho artículo en el entendido que, así como se debían tener en cuenta la sentencias de unificación del Consejo de Estado, de manera preferente correspondía tener en cuenta las decisiones tomadas por la Corte Constitucional en las cuales se interpretaran las normas constitucionales aplicables al caso en concreto.

En ese sentido, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, la solicitud de extensión de la jurisprudencia -ya sea

adelantada ante la autoridad administrativa competente o ante el Consejo de Estado por negativa de la autoridad- y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia son figuras jurídicas tendientes a que se aplique realmente el precedente jurisprudencial administrativo.

3.2. Del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y de la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Con la Ley 100 de 1993 el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estableciéndose dentro del mismo los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez, derogando a su vez los diferentes regímenes pensionales existentes con anterioridad.

Sin embargo, en su artículo 36 contempló un régimen de transición, en los siguientes términos:

> *"(...) ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*
>
> *El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
> *(...)*

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio. (...)" (Subraya fuera del texto original)

Por tanto, el artículo 36 permitió que la situación jurídica se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional, para las personas que cumpliesen uno de los siguientes requisitos, los cuales debían estar reunidos al momento de la entrada en vigencia del sistema de pensiones:

1. Hombres que tuvieran más de cuarenta años
2. Mujeres mayores de treinta y cinco años
3. Hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados

Tal como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia proferida el 12 de mayo de 2005 dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2000-04685-01 (2938-04), *"la transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior".*

En lo que hace relación a las normas aplicables al monto del ingreso base de liquidación de la pensión, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 28 de octubre de 2004 dentro del expediente

No. 76001-23-31-000-2001-05461-01 (5884-03), indicó que "*no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993,* ***pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio***."

De lo anterior se colige que el monto de la pensión, que incluye el porcentaje y la base de liquidación, para las personas amparadas por el régimen de transición se rige por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Como resultado de lo expuesto se tiene que la normatividad aplicable para la pensión de jubilación del demandante y su liquidación era la Ley 33 de 1985, la cual aplicaba a todos los servidores públicos de todos los niveles que no se encontraran exceptuados de ella.

3.3. Del régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985.

En los términos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, la consolidación del derecho a la pensión ordinaria de jubilación surge cuando se cumplen 20 años de servicio y 55 años de edad. En cuanto a la base de liquidación, la precitada ley dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio y enumeró en su artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de los mencionados aportes; disposición que fue modificada por el artículo 1° inciso 2° de la Ley 62 de 1985, en la que se incluyeron como factores de liquidación las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

No obstante, es importante señalar que la Sala Plena de la Sección

Segunda del Consejo de Estado por vía jurisprudencial, a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, dictada con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del expediente con radicado interno No. 0112-2009, precisó que los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 lo eran únicamente a título enunciativo, por cuanto debían incluirse todos los que habitual y periódicamente recibía el trabajador como retribución de sus servicios.

En suma, atendiendo tal postura jurisprudencial, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, comoquiera que son devengados periódicamente por el trabajador en razón a la prestación del servicio y no constituyen sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador.

Posteriormente y en contravía a la postura de unificación anterior, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-230 de 2015, en donde adopta un criterio disímil a partir de lo considerado previamente en la sentencia C-258 de 2013 donde, en sede de revisión de tutela, indicó que la interpretación del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 se debe entender en el sentido de que el modo de promediar la base de liquidación de la pensión de jubilación o vejez no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que dicho régimen solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación y que, por lo tanto, el IBL debe ser el contemplado en el régimen general para todos los efectos.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso No. 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013) con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve, con ocasión de la expedición de la sentencia en comento, reiteró su posición unánime relativa a que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprendía la base de liquidación (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), a excepción de las pensiones de congresistas y asimilados que se encuentran regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la referida sentencia C-258 del 2013.

Según se determinó en la providencia, si se acogiera la variación interpretativa que pretendía introducir la Corte Constitucional en la

sentencia SU-230 de 2015 se afectaría el derecho a la igualdad de los beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas. A su juicio, no parece acorde con los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales el cambio jurisprudencial mencionado, toda vez que si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional en el año 2014, quedando pendiente un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el derecho, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera y, en cambio, sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los mencionados principios.

El pronunciamiento enfatizó que el argumento expuesto en la sentencia C-258 de 2013 para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 no se puede generalizar y, por ende, aplicar como precedente a otros regímenes, pues ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hace parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, ni goza de reconocimientos que generen afectación al principio de sostenibilidad financiera.

Devino luego el pronunciamiento de la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en sentencia de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016, dentro del proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2016-01334-01, donde se decidió lo siguiente:

> *"(...) PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 13 de octubre del 2016, emitida por la Sección Cuarta de esta Corporación, en la cual negó el amparo solicitado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para en su lugar, AMPARAR el derecho al debido proceso de la accionante, en consecuencia, ORDENAR a la Sección Segunda del Consejo de Estado, que en el término de diez (10) días profiera una nueva decisión atendiendo a los lineamientos trazados en esta providencia. (...)"*

Ello al considerar lo que se transcribe enseguida:

> *"(...) Ahora bien, encuentra la Sala que el argumento central con el que el a quo constitucional dispuso negar el amparo giró en torno a que, en su criterio, resultaba desproporcionado aplicar las reglas*

fijadas en la SU 230 de 2015 en aquellos casos en que los ciudadanos hubiesen iniciado el trámite ordinario antes de que se profiriera la citada sentencia de unificación, razonamiento que no es de recibo en la medida que esta Sala ha señalado que 'el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.' (...) hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como la igualdad, seguridad jurídica y la confianza legítima.'
(...)
(...) la decisión dictada por la autoridad judicial accionada -Sección Segunda de esta Corporación, desconoció las reglas que respecto el tema bajo estudio, fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015; jurisprudencia que conforme a los argumentos expuestos en párrafos precedentes, era de obligatorio cumplimiento por el la Sección Segunda del Consejo de Estado y la cual estaba vigente para fecha en que se profirió el fallo acusado (...)"

No obstante, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó los efectos de la sentencia C-258 de 2013 de la siguiente manera:

"(...) De este modo, como el régimen pensional de la señora Delcy del Río Arellano era el contemplado en la Ley 33 de 1985 y no el establecido para los congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios (Ley 4 de 1992), la sentencia alegada como desconocida tampoco resulta aplicable al presente asunto.

Sin embargo, como la Corte Constitucional mediante Auto 326 de 2014, reafirmó la interpretación que sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 había fijado la sentencia ***C-258 de 2013****, según la cual el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y*

excluye el IBL, es preciso advertir que el Tribunal Administrativo del Bolívar no desconoció dicho precedente, por cuanto la peticionaria ***adquirió su derecho pensional con anterioridad a ese pronunciamiento,*** *en razón a lo siguiente:*
(...)
(...) ***la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013,*** *dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006.* ***En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.***

Así las cosas, <u>los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos</u>, *los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde 'el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas'. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

De conformidad con el análisis antes expuesto, da cuenta la Sala que, frente a la acción de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, no se tuvo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia del 9 de noviembre de 2016 precisó que las interpretaciones jurisprudenciales de esa Corporación no podían ser extendidas a las pensiones consolidadas con anterioridad al 7 de mayo de 2013, esto es, la fecha de expedición de la Sentencia C-258 del mismo año, por tratarse de derechos adquiridos.

La sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de

Estado el 5 de mayo de 2016 coincide en señalar que, en materia del IBL de pensiones, cuando se trata de resolver casos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe seguirse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 conforme a las cuales el mencionado asunto debe dilucidarse atendiendo las previsiones de la Ley 100 de 1993 y no las señaladas en el régimen anterior; postura opuesta a la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, que sostuvo que el IBL **es parte integrante del régimen de transición** y, por ello, se debe acudir a las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

Aunque la Sección Quinta del Consejo de Estado en la acción de tutela antes citada se pronunció adoptando una posición opuesta a la de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, no puede obviarse que la aludida providencia dejó de aplicar una línea jurisprudencial que esa misma Corporación ha sostenido establemente, en la que se indica que el régimen de transición implica la aplicación del régimen anterior **integralmente** y no puede excluir el IBL so pena de incurrir, por contera, en la vulneración del principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad cuando se está ante idénticos supuestos fácticos y jurídicos.

En el mismo sentido, resulta inadmisible que, luego de haberse logrado un avance en la interpretación unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el año 2010 en torno al reconocimiento de la plena efectividad de los derechos pensionales derivados de la interpretación favorable del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se adopte una tesis restrictiva y desfavorable como la expuesta en la la sentencia SU-230 de 2015 frente a quienes, como en este caso, son beneficiarios de una regulación especial como la contenida en la Leyes 33 y 62 de 1985, desconociendo, en sentir de esta Sala, el ***principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*** en la medida en que se vería frustrada la protección ya otorgada a dichos beneficiarios, impidiéndoles gozar de sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano.

Es por ello que, ante la existencia de una consolidada línea jurisprudencial integrada por una sentencia de unificación y varias sentencias proferidas en juicios ordinarios y de tutela por parte del Consejo de Estado sobre el mismo asunto, no queda duda a esta Sala frente a su deber de seguir los criterios sentados en los fallos de esa Corporación, no sólo en aplicación

de la Constitución Política, sino también de los artículos 10 y 270 del de la Ley 1437 de 2011. Cabe mencionar, de un lado, que la acción de tutela va encaminada a salvaguardar derechos particulares y concretos, salvo los casos en los que se otorguen efectos *inter comunis* a la decisión, en cambio, los precedentes surgen a partir de reiterados pronunciamientos, como sucede en lo que se refiere a la integralidad del sistema pensional anterior y, de otro lado, que las sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado son fuente de derecho, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 24 de agosto de 2011 y C-816 de 2011, así que desconocerlas implicaría un desconocimiento de la Ley.

A más de lo anterior, dirá la Sala que por vía de tutela, recientemente, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, proferida con ponencia del Consejero Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera[1] señaló el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, so pena de incurrir en un desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, en consecuencia, en vía de hecho. Se dijo allí:

> *"(...) Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
> *(...)*
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015, no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*
> *(...)*
> *En cuanto a la debida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de*

[1] CE 1, 22 Sep. 2016, e11001031500020160009400, R. Serrato.

1993, cabe recordar que este fue determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995, que estudió la exequibilidad de ese artículo, precedente que, de conformidad con la jurisprudencia de esa Corporación, resulta de obligatorio acatamiento.
(...)
En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016, para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)"

Ahora, en un pronunciamiento más reciente, el Consejo de Estado mediante la sentencia del 9 de febrero de 2017, dictada con ponencia del consejero César Palomino Cortés dentro del proceso con radicado No. 25000234200020130154101, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 -proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado- sostuvo que en las sentencias T-631 de 2002, T-169 de 2003, T-651 de 2004, T-158 de 2006, T-251 de 2007, T-101 de 2008 y T-180 de 2008, la Corte Constitucional venía manteniendo la tesis de que el ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición era el correspondiente al del régimen anterior y que el efecto útil del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 está en suplir eventuales vacíos en los regímenes derogados.

Asimismo, como *ratio decidendi*, esa Corporación había afirmado que se vulneraban los derechos pensionales cuando no se aplicaba en su integridad el régimen especial en el que se encontraba amparado el beneficiario del régimen de transición, ya que **el monto y la base de liquidación de la pensión formaban una unidad inescindible**; criterio que fue modificado en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al

considerar que el ingreso base de liquidación (IBL) no es un aspecto sujeto a transición -para establecerlo debe aplicarse lo contenido en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993- y que, como factores de liquidación de la pensión, solo podrán tomarse aquellos ingresos percibidos efectivamente por el beneficiario que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones respectivas. Sin embargo, la Corte Constitucional fija un punto de partida para aplicar la interpretación a que se contrajo la sentencia C-258 de 2013 al aseverar que se aplicará a pensiones consolidadas **después del 7 de mayo de 2013**, esto es, cuando fue proferida ésta decisión judicial.

No obstante, en el más reciente pronunciamiento la misma Sección Quinta en sentencia de 23 de marzo de 2017[2], rectificó el anterior criterio jurisprudencial, en el sentido de indicar que "*De conformidad con lo señalado, la Corte Constitucional reconoce la imposibilidad de aplicar un cambio jurisprudencial de forma retroactiva o sin considerar el momento en que se consolidó un derecho, lo cual presupone además, que la protección del derecho pensional cuando la pensión haya sido obtenida legalmente, esto es sin abuso del derecho o sin fraude a la Ley*".

Así las cosas, y de acuerdo con éste última pronunciamiento, la sentencia SU-230 de 2015, únicamente podrá ser aplicada a los casos en los cuales el derecho pensional se consolidó **con posterioridad a la expedición de dicho precedente jurisprudencial, esto es el 6 de julio de 2015**, en tanto, a las pensiones causadas o consolidadas con anterioridad a dicha fecha, le resulta aplicable el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010.

Así pues, la línea jurisprudencia del Consejo de Estado ha sintetizado que el régimen de transición debe reconocerse: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa, b) con la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) con los factores integrantes del régimen anterior como meramente enunciativos y no taxativos, d) ordenando el descuento de los aportes que no se hubieren efectuado oportunamente para mantener el equilibrio de las finanzas públicas pensionales.

---

[2] *CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO. Bogotá, D. C., marzo veintitrés (23) de dos mil diecisiete (2017). RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-15-000-2016-03366-01*

En estas condiciones, aún ante la presencia de la mencionada sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado[3], lo cierto es que el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Administrativa ha reiterado la tesis dominante de esa Corporación y mantiene incólume la decisión de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 por considerar que atender las decisiones de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016, proferidas por la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, atentaría contra los principios de progresividad y favorabilidad, y comprometería derechos laborales de rango constitucional.

4. CASO CONCRETO

En el presente asunto, pretende la demandante que se reliquide la pensión de jubilación con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

Analizado el caudal probatorio obrante dentro del expediente, encuentra la Sala que la señora Ana Hercilia Hamon Naranjo es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto

---

[3] Vale la pena agregar que en sentencia dictada el 23 de marzo de 2017 dentro del proceso con radicación No. 11001-03-15-000-2016-03366-01 (reiterada el 11 de octubre de 2017 en la sentencia dictada dentro del proceso No. 11001-03-15-000-2017-01082-01, C.P. Rocío Araújo Oñate), la Sección Quinta expidió una providencia en la que rectifica parcialmente su posición en el sentido de señalar que la interpretación de la Corte Constitucional solo es aplicable para las pensiones consolidadas con posterioridad al 6 de julio de 2015, fecha en que fue dictada la sentencia SU-230 de 2015: "*(...) Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio,* ***opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación****, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.*

Sin embargo, por involucrar ***derechos adquiridos****, ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política.*

Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues ***no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida****. (...)*" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

al entrar en vigencia dicha Ley, el 30 de junio de 1995[4], contaba con 37 años de edad y 16 años de servicio, cumpliendo de esta manera con el requisito de la edad y tiempo de servicios consagrado en el artículo 36[5] de la Ley 100 de 1993 para acceder al régimen de transición, de tal suerte, que el régimen pensional anterior aplicable a la pensión reconocida a la demandante, es el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Ahora, se observa que mediante Resolución No. GNR 361829 del 19 de diciembre de 2013, la entidad demandada reconoció pensión de vejez a la demandante, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos 10 años, tal como lo dispone la Ley 100 de 1993, sin mencionar con que factores salariales sería reliquidado el quantum, pero en la motivación del acto indicó que se realizaría con los emolumentos establecidos en el Decreto 1158 de 1994, acto administrativo que fue modificada por la Resolución GNR 277510 del 05 de agosto de 2014, mediante la cual mantiene el IBL de los últimos 10 años y con efectos a partir del 1 de junio de 2013.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 debe tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación de la demandante, los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios el cual comprende desde el **01 de junio de 2012 al 01 de junio de 2013**, periodo durante el cual, la demandante percibió los siguientes emolumentos, de acuerdo con certificación expedida por la Escuela Superior de Administración Pública (fl. 36 y CD carpeta administrativa fl. 62) los siguientes emolumentos: asignación básica, prima técnica, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios y en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia devengo para el mismo período Horas Catedra (fl. 99 vto y 100).

---

[4] *Fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para los servidores de la Gobernacion de Boyacá.*

[5] "***Régimen de transición.*** *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

Así las cosas, es dable afirmar que los actos enjuiciados se encuentran viciados de ilegalidad, siendo procedente declarar su nulidad y la consecuente reliquidación pensional reclamada con inclusión de los factores salariales anteriormente enunciados, esto es, **la asignación básica, prima técnica, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios y horas catedra**.

En cuanto a la prima técnica y de acuerdo al precedente que ha venido siendo acogido por este Tribunal[6], respecto de su inclusión como factor salarial, teniendo en cuenta que la Escuela Superior de Administración Pública certificó que la misma *"se reconoció por el cumplimiento de requisitos adicionales a los exigidos para el empleo y fueron los de;* ***título de formación avanzada correspondientes a especialista en finanzas públicas y trece (13) años de experiencia laboral*** *a partir del mes de noviembre de 2011 hasta el 24 del mes de mayo del año 2013"* (fl. 105), y además, atendiendo las razones expuestas por la Sala de Decisión No. 5 de este Tribunal, con ponencia del Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros, así:

> *"(...) Sin embargo, al revisar la decisión objeto de impugnación se constata que el Juez de instancia no incluyó dentro de la orden de reliquidación de la pensión del demandante el factor de* ***prima técnica****, el que no obstante se encuentra acreditado que fue devengado por la actora en el último año de prestación de servicio (fl. 205-206); si bien dentro de la motivación del fallo de primera instancia no se avizoran razones para no incluir la referida prima en la base de la liquidación pensional, esta Sala en todo caso negará su inclusión por lo siguiente:*
>
> *El Decreto 1661 de 1991 dispone que la mencionada prima técnica constituirá factor salarial en los siguientes supuestos:*
>
> > ***"Artículo 7°.-*** *Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho de percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto,* ***y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.****" (Negrilla fuera de texto).*
>
> *Esta misma normativa dispone el evento en que la prima técnica se otorga con base en la evaluación del desempeño, así:*

[6] *Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 5, sentencia del 14 de diciembre de 2016. Rad. No. 150013333005-2014-00014-02. M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros.*

> ***"Artículo 3°.-*** *Niveles en los cuales se otorga Prima Técnica-* ***Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo.*** *La Prima Técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles." (Negrilla fuera de texto).*

Como se aprecia, la prima técnica ***constituye factor salarial cuando se acredite el título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años****, según las voces del artículo 2° literal a) del mencionado Decreto 1661 de 1991, Pero* ***no constituye factor salarial*** *cuando se asigna con base en la evaluación del desempeño, conforme lo señalado en el citado artículo 7° de la norma en cita.*

Ahora bien, el referido artículo 3° establece como condición el disfrute de la prima técnica con base en los estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo; mientras que la prima técnica con base en la evaluación del desempeño se asigna en todos los niveles, es decir, en todos aquellos que no sean de los niveles descritos."

De conformidad con lo anterior y en atención a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado como autoridad máxima de lo contencioso administrativa, el 4 de agosto de 2010, debe la entidad demandada incluir todos los factores devengados por el empleado, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Se advierte, que el sub examine no es susceptible de aplicar las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 invocadas por la entidad demandada en la contestación de la demanda, en cuanto a la primera quedó claro que los únicos destinatarios del análisis constitucional que se realizó en tal providencia, son los Congresistas y Magistrados de Alta Corte que tienen un régimen pensional especial previsto en la Ley 4ª de 1992, diferente al que rige la pensión de la demandante, el cual está contenido en las Leyes 33 y 62 de

1985, frente al que no hizo referencia alguna la Corte Constitucional en esa oportunidad. Y respecto a la segunda, su aplicación está condicionada a que el derecho pensional se haya causado con posterioridad a la fecha de su expedición, circunstancia que no acontece en el presente asunto, toda vez que el derecho pensional de la demandante se causó con anterioridad a la vigencia de la sentencia SU-230 de 2015.

Con sustento en el anterior análisis, la Sala encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, por cuanto la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, al liquidar la pensión de la señora ANA HERCILIA HAMON NARANJO, no tomó todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio, tal como lo establece el precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado.

Por consiguiente, es dable declarar la nulidad declare la nulidad de los actos administrativos demandados, que negaron la solicitud de reliquidación pensional y ordenar la reliquidación de la mesada pensional de la demandante con inclusión de los siguientes factores salariales con el 75% del promedio de **la asignación básica, prima técnica, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios y horas catedra**.

- **DE LA PRESCRIPCIÓN SOBRE LAS MESADAS CAUSADAS.**

La Entidad demandada en su escrito de excepciones solicitó la declaratoria de prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de adquisición del status pensional.

Pues bien, conforme lo establecen los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de1969, los derechos laborales prescriben tres años después de que se hacen exigibles. Según estas normas, el simple reclamo escrito del trabajador ante la autoridad competente interrumpe el término, pero sólo por un lapso igual.

Significa lo anterior, que los beneficiarios de un derecho tienen la posibilidad de interrumpir el término prescriptivo en sede administrativa por una sola vez. Posteriormente, el plazo de los tres años empieza a contarse nuevamente y los interesados tan sólo cuentan con la alternativa de acudir ante la jurisdicción para lograr la interrupción definitiva. De lo contrario, es decir, de no incoar la acción respectiva, los derechos

continúan extinguiéndose con el paso del tiempo.[7]

Con todo, ha de aclararse que como es sabido, en materia de pensiones la prescripción se aplica con respecto a las mesadas pensionales, más no sobre el derecho a la prestación.

Descendiendo al caso concreto se advierte que la demandante consolidado el derecho jubilatorio el 1° de junio de 2013, éste acudió a cuestionar la liquidación allí contenida y hacer exigible su derecho a la reliquidación el 27 de agosto de 2014, y COLPENSIONES se pronunció a través de la Resolución GNR 447690 del 28 de diciembre de 2014 notificada el 22 de enero de 2015 (fl. 20-25), negando la solicitud de reliquidación; el 9 de febrero de 2015 presentó recurso de reposición y apelación contra la decisión anterior, siendo resuelta mediante Resolución GNR 162032 del 1° de junio de 2015 y VPB 63443 del 28 de septiembre de 2015 notificada esta última el 04 de noviembre de 2015 (fl. 9), la demanda se presentó el 24 de febrero de 2016, esto es dentro de los tres años que establece el Decreto 3135 de 1968 para tal efecto, razón por la que se declarara no probada la excepción de prescripción de las diferencias causadas, pues en estos casos la operancia del fenómeno procesal se contabiliza tres años hacia atrás desde la última actuación tendiente a hacer exigible el derecho.

- **De los descuentos por aportes al empleado.**

Advierte la Sala que atendiendo el criterio sentado o trazado por este Tribunal en torno a este asunto, COLPENSIONES, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, puede la demandada cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en

---

[7]Decreto 1848 de 1969, artículo 102: *"Prescripción de acciones: 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado,* ***interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual"*** (negrilla fuera de texto).

concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al demandante entonces empleado, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección Constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

En consecuencia, esta Sala ordenará que la Entidad accionada al momento de realizar los descuentos por concepto de aportes pensionales frente a los factores salariales no efectuados, deberá tener en cuenta las anteriores directrices, por lo que estará a su cargo la elaboración y aplicación de una fórmula actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política en aras de la sostenibilidad financiera del Sistema, como la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, observando las reglas del debido proceso, de manera que el pensionado pueda conocer las sumas que le correspondía aportar en el porcentaje legal respectivo tanto a él como a su empleador, a fin de que éste pueda hacerlas exigibles en cuanto a éste último, si a bien lo tiene.

En cuanto a las sumas a deducir se ordenara la indexación respectiva a favor del ente de seguridad social, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de aportar respecto de los factores ahora incluidos, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

COSTAS

Conforme a lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, se condenará en costas a la parte demandada.

condenará en costas a la parte demandada.

En relación al criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que, a pesar de ser objetivo, se le califica de *"objetivo-valorativo"*[8] porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 CGP.

Teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho en un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que equivale al 1% de las pretensiones de la demanda (fls. 7).

Por Secretaría procédase a la liquidación de costas correspondiente.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de las **Resoluciones No. GNR 361829 del 19 de diciembre de 2013 y GNR 277510 del 5 de agosto de 2014**, a través de la cual se reconoció pensión de jubilación y se determinó como efectividad a partir del 1 de junio de 2013 respectivamente, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: **DECLARAR** la nulidad de las **Resoluciones No. GNR 447690 de 28 de diciembre de 2014, GNR 162032 de 01 de junio de 2015 y VPB 63443 del 28 de septiembre de 2015,** mediante las cuales se negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante y se confirmó la decisión respectivamente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior se ordena a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** a **RELIQUIDAR** la pensión de jubilación reconocida a **ANA HERCILIA HAMON NARANJO**, con el setenta y cinco (75%) de la asignación mensual incluyendo para el efecto los siguientes factores: **LA ASIGNACIÓN BÁSICA,**

[8] *CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.*

PRIMA TÉCNICA, PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE NAVIDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS Y HORAS CATEDRA, percibidas durante el lapso comprendido entre el 1° de junio de 2012 al 1° de junio de 2013 en las condiciones establecidas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a pagar las diferencias resultantes de la reliquidación ordenada aplicada desde el momento en que se causó el derecho, esto es, desde el 1° de junio de 2013 con lo reajuste e indexación respectiva, conforme se expuso en precedencia.

QUINTO: De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación la pensión de jubilación reconocida, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General de Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de la vida laboral del actor, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al demandante – entonces empleado – en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

La Entidad demandada deberá elaborar y aplicar una fórmula actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por la demandante en términos razonables, observando el debido proceso y de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Liquídese la condena conforme a la fórmula expuesta en la parte

motiva, la cual se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que adquirió el derecho.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la parte vencida en esta instancia, en un 1% de las pretensiones, esto es, en lo correspondiente a un (1) Salario Mínimo Legal Vigente, a favor de la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2013, del Consejo Superior de la Judicatura, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO: En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

2017

SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

DESPACHO No. 4

MAGISTRADO: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE: JOSE DOMINGO SALAS PACHECO
DEMANDADO: MINISTERIO DE JUSTICIA, ANE, INPEC Y OTROS
RADICACIÓN: 150012333000 201600490-00

Procede la Sala de Decisión No. 6 de ésta Corporación a resolver lo que en derecho corresponda respecto de la solicitud formulada por el apoderado de la entidad demandada, obrante a folios 473 a 47 del expediente, mediante la cual solicita se prorrogue el término otorgado en la sentencia proferida por este Tribunal el pasado 17 de noviembre de 2017.

Al respecto se permite la Sala recordar que mediante sentencia del 17 de noviembre del corriente año se dispuso:

> *"**PRIMERO:** DECLARAR que el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC si vulneró los derechos colectivos al goce del espacio público y utilización de los bienes de uso público, de los habitantes de la vereda San Martín del Municipio de Cómbita, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** al representante legal del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a efectuar las adecuaciones técnicas para que los inhibidores de señal ubicados en el ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE COMBITA no afecten en el área exterior de dicho penal, las bandas de 850 MHZ y 1900 MHZ, usadas para la comunicación móvil.*

TERCERO: *Cumplido el término señalado en el numeral anterior, la AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO deberá efectuar una nueva visita para determinar que las adecuaciones técnicas se hayan realizado y que la señal móvil en el exterior del ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE COMBITA no esté afectada por las antenas inhibidoras, del análisis obtenido presentará informe al comité de verificación de cumplimiento y en caso de comprobarse que no se hicieron los ajustes técnicos se deberán iniciar las medidas sancionatorias correspondientes..." (fl.. 470-471)*

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para la Sala que lo pretendido por el apoderado del INPEC es una modificación de la sentencia, lo cual es improcedente, de conformidad con lo dispuesto por el inciso primero del artículo 285 del Código General del Proceso que señala claramente que *"la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció..."* De esta forma se ha considerado el carácter vinculante de las decisiones judiciales, el cual contribuye a la eficacia del ordenamiento jurídico, aclarándose que tales decisiones no vinculan únicamente a las partes y autoridades públicas, sino también al juez que las profiere[1].

En este entendido debe decirse, que desde el momento en que se profiere la decisión de fondo, no puede revocarse o modificarse, pues la sentencia claramente pone fin a la competencia del juez para decidir sobre el caso planteado; de allí que la decisión conserve su obligatoriedad, siempre y cuando no sea anulada o revocada por la autoridad judicial que la ley faculte para tal fin.[2] Por ende la prohibición que tiene el juez de reformar su propia decisión se fundamenta en la seguridad jurídica.

Sin embargo, se hace necesario precisar que cuando la sentencia no cumple con los requisitos señalados en el artículo 187 del C.P.A.C.A, 280 y 281 del C.G.P, y se presentan evidentes errores en la providencia, la Ley da la posibilidad al mismo Juez que la profirió para arreglarlos, sin que ello implique *reformar ni revocar* la decisión de fondo tomada sobre el asunto que fue objeto de estudio. Los mecanismos legales señalados para tal fin son la aclaración, corrección y adición, contemplados en los artículos 285 a 287 del Código General del Proceso, los cuales pueden ser empleados por el juez administrativo, en aplicación de lo dispuesto por el art. 306 del C.P.C.A, ya sea de oficio o a solicitud de parte.

[1] C-448/97
[2] Ver cita 1

En el caso se estudia, el INPEC no solicita aclaración, corrección ni adición de la sentencia, sino que claramente pretende una modificación del término otorgado por la Sala para el cumplimiento del fallo, lo que implicaría reformar la decisión adoptada por esta Corporación el 17 de noviembre del año en curso, lo cual como se dijo en líneas anteriores es improcedente.

Así las cosas queda claro que la prohibición del juez de reformar o revocar su propia decisión, determina el límite de competencia para conocer del asunto, figura que claramente garantiza el principio de seguridad jurídica. Por ende no puede como lo pretende el aquí solicitante modificarse el termino concedido por esta Corporación para el acatamiento del fallo, sino que debe procederse al cumplimiento del mismo en los términos y condiciones que fue proferido.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE

NEGAR la solicitud presentada por el apoderado del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO –INPEC, obrante a folio 473, de conformidad con las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

Los magistrados,

FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No 3
Magistrado Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Demandante: Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Yober María Meléndez Rodríguez
Expediente: 15001 2333 000 2016 00592 00
Medio de control: Repetición

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

***1.1. Demanda**. (fl. 2 a 8). Mediante apoderada y en ejercicio del medio de control de repetición, el Ministerio de Defensa, pidió del Tribunal que se declare responsable al señor YOBER MARÍA MELENDEZ RODRÍGUEZ por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la condena judicial impuesta por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Rosa de Viterbo y confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Descongestión en la reparación directa Nº 1569 33133 001 2007 00283.*

Además, pretende, que se condene al señor Yober María Meléndez Rodríguez a cancelar i) la suma de TRECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS ($366.948.897.47) a favor del Ministerio de Defensa Nacional, y ii) los intereses comerciales desde la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso hasta que se verifique el cumplimiento de la obligación impuesta.

Como fundamentos fácticos relevantes, adujo que el demandado sin justificación alguna, ni mediar orden del superior, decidió el día 25 de junio de 2005 conducir un vehículo perteneciente al Ejército Nacional, ocasionando un accidente de tránsito en el que falleció la señora Blanca Myriam Riaño Pineda.

Que los familiares de la víctima demandaron al Estado, y en tal virtud, el Juzgado Primero Administrativo de Santa Rosa de Viterbo profirió sentencia condenatoria el

18 de noviembre de 2011, la cual, fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Relató que mediante la Resolución N° 3811 de 9 de mayo de 2014, el Ministerio de Defensa Nacional ordenó el pago a favor de los demandantes de la suma de trescientos sesenta y seis millones novecientos cuarenta y ocho mil ochocientos noventa y siete pesos con cuarenta y siete centavos ($366.948.897.47).

Y, propuso como tesis, las siguientes:

- ✓ *El demandado actúo con* ***culpa grave*** *al conducir el vehículo accidentado sin contar con i) licencia de conducción, ii) autorización de sus superiores; y iii) experiencia para enfrentar una situación de riesgo.*
- ✓ *El daño antijurídico consistente en la muerte de la señora Blanca Myriam Riaño Pineda, fue el resultado del actuar imprudente y* ***contraventor de las normas de tránsito*** *de Yober María Meléndez Rodríguez.*
- ✓ *En el presente caso, se configuran los presupuestos determinados en la ley para repetir contra la ex agente del Estado.*

1.2. Contestación de la demanda *(fl.134 a 137). Dentro del término legal, el demandado, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:*

En su criterio, el demandado no actúo con culpa grave, en tanto contaba con licencia de conducción y tomó la decisión de manejar el vehículo del Ministerio de Defensa porque la esposa del conductor oficial presentaba signos de aborto y por lo tanto, no estaba en condiciones de conducir.

Agregó que, no tuvo la intención de causar el accidente, pues fue la buseta de servicio público la que invadió el carril ocasionando la muerte de la pasajera, e insistió en que cualquier error no puede servir para imputar responsabilidad. En estas condiciones, aseveró que, no están dados los presupuestos subjetivos para la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Consideró que tampoco se probó el pago de la condena, pues el certificado fue expedido por la misma entidad que demanda, sin manifestación expresa de los beneficiarios sobre el particular.

En efecto, propuso como excepción el "PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD" con el siguiente fundamento:

> *"La entidad tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial o en la conciliación, a través de prueba que generalmente es documental, constituida por el acto en el que se reconoce y ordena y sobre todo, **el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario,** lo cual la entidad demandante no aportó, por lo tanto pido a la señora magistrada negar las pretensiones de la demanda ya que estas no están llamadas a prosperar, declarando probada la excepción" (fl. 138)*

***1.3. Alegaciones finales**. Celebrada la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA (fl.215 a 216 y CD. fl. 216 Bis), el despacho consideró innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, y dispuso que los apoderados presentaran sus alegatos de forma escrita, quienes en provecho de dicho término, se pronunciaron así:*

***1.3.1. La parte actora (fl. 226 a 227).** Insistió en los argumentos de la demanda.*

Para el Ministerio de Defensa, se cumplieron los presupuestos previstos en la Ley 678 de 2001 para que se acceda a las pretensiones de la demanda.

***1.3.2. La parte demandada (fl. 222 a 224).** Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.*

Manifestó que no obró de mala fe y que, tampoco con dolo o culpa grave.

Que la entidad no logró probar el pago, pues solo allegó las resoluciones en las que reconoció y ordenó el cumplimiento de la sentencia, así como una certificación sin constancia de recibido, los cuales, según su criterio, no son suficientes para demostrar el pago de la condena objeto del presente proceso.

Asimismo, allegó copia del Informe General del Conductor de 18 de octubre de 2017 para que se tenga como prueba en este proceso (fl. 225).

***1.3.3. El Ministerio Público (fl. 228 a 234).** El señor Procurador 45 Judicial Delegado ante este Tribunal, en su concepto de fondo opina que se debe acceder a las pretensiones de la demanda.*

Se refirió a la demanda, su contestación así como al problema jurídico propuesto en la audiencia inicial. A continuación abordó el estudio de la naturaleza, objeto y los elementos de procedencia del medio de control de repetición.

Respecto de los elementos objetivos, dijo que se verificó la existencia de la condena judicial a cargo de la entidad pública demandante, así como la calidad de agente del Estado, pues el demandado, según se lee en el concepto, era cabo primero para la época del accidente de tránsito. Y, encontró acreditado el pago efectivo de la suma de $366.948.897,47 con la Resolución N° 3811 de 9 de mayo de 2014 suscrita por el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional y la certificación de la Tesorera de la entidad.

En relación con el elemento subjetivo, afirmó que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, el señor Yober María Meléndez violó las normas de tránsito al conducir el vehículo sin licencia de conducción, y al tratar realizar una maniobra de adelantamiento en una vía altamente transitada, lo cual constituye culpa grave.

En este sentido, consideró que la conducta desplegada por el demandado fue notoriamente imprudente.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico.

Las preguntas que orientaron la fijación del litigio en la audiencia inicial llevada a cabo el 12 de octubre de 2017 entre los minutos 00:18:55 a 00:19:43 del registro magnético que obra a folio 178 Bis, fueron las siguientes:

- ✓ *¿YOBER MARÍA MELENDEZ RODRÍGUEZ al conducir el vehículo identificado con placa oficial 47015 N° 642, marca Abir perteneciente al Ejército Nacional el día 25 de junio de 2005, involucrado en un accidente de tránsito que causó la muerte de Blanca Myriam Riaño Pineda, actúo con* ***culpa grave****?*
- ✓ *¿Debe declararse responsable a YOBER MARÍA MELENDEZ RODRÍGUEZ por los perjuicios derivados de la condena impuesta al Ministerio de Defensa Nacional por esta jurisdicción?*

2.2. Cuestión previa: de la normativa aplicable

Lo primero que dirá la Sala es que los hechos que dieron lugar a la sentencia que culminó con la condena judicial, acaecieron en el ***25 de junio de 2005 (fl. 2)****.*

Comoquiera que la ***entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001*** *según su artículo 31, ocurrió a partir de su publicación es decir, el* ***4 de agosto de 2001***[1]*, esta normatividad resulta aplicable a la situación que aquí se debate, en consecuencia, es posible acudir a ella para determinar la responsabilidad patrimonial del servidor público a través del ejercicio del medio de control de repetición.*

2.3. Del medio de control de repetición y de la autonomía de juzgamiento

La repetición es el medio de control de carácter constitucional, por el cual la administración obtiene de sus agentes o de quienes fungieron como tales, el reintegro de las indemnizaciones que ha debido reconocer a los particulares como consecuencia de una condena judicial, conciliación o transacción por los daños antijurídicos causados con su conducta dolosa o gravemente culposa.

Cuando se trata recuperar lo pagado en virtud de una condena judicial, debe indicar la Sala que el juicio realizado al interior de un proceso que por repetición se adelanta contra un servidor o ex servidor público, ***parte de la noción de autonomía del juzgamiento en relación con el proceso primigenio del cual se derivó la condena****; es decir, el análisis del juez de repetición está circunscrito a las características propias que definen el debate procesal en este tipo de control judicial, lo cual lo desliga de las valoraciones y conclusiones que, de acuerdo a la realidad procesal tenida para ese momento, fueron realizadas y adoptadas por el juzgador de la demanda inicial.*

En términos más claros, el análisis jurídico en instancia de repetición se nutre de la situación fáctica y probatoria que en razón del planteamiento del litigio propuesto por las partes, se da al interior de la controversia retributiva, por ello su decisión no se gobierna por las razones que llevaron al resultado desfavorable a la entidad pública

---

[1] *Diario Oficial 44.509 del 4 de agosto de 2001. Esta información se puede consultar en la página web: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=4164*

que ahora demanda; entonces, el juez de repetición no puede sustentar su tesis realizando valoraciones que, de forma directa o indirecta, coloquen en entre dicho lo sentenciado en el proceso de condena, pues de darse esto, se estaría levantando la cosa juzgada que ampara toda decisión judicial debidamente ejecutoriada.

En efecto, de forma pacífica ha considerado la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo que "el criterio que tiene el juez contencioso administrativo en el fallo de responsabilidad patrimonial del Estado no vincula al juez de la repetición[2], ya que en esta última no se trata de evaluar la responsabilidad del Estado sino únicamente la conducta del agente"[3].

2.4. De los presupuestos de prosperidad del medio de control de repetición

Sobre sus presupuestos, la Subsección "A" de la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia de la Magistrada doctora Marta Nubia Velásquez Rico en sentencia proferida el ***19 de julio de 2017*** *en el proceso radicado bajo el N° 68001-23-31-000-2000-02140-01(40001) promovido por la Dirección de Tránsito de Bucaramanga contra Jorge Villamizar Morales, expuso:*

> *"Ahora bien, la Sala de Sección Tercera ha explicado[4] en varias oportunidades los elementos de la acción de repetición, así:*
>
> *- La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero, la cual hubiere generado una condena o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto;*
>
> *- La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto;*
>
> *- El pago realizado por parte de la Administración; y*
>
> *- La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa. (...)"*

---

[2] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, rad. 29222, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.
[3] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "B". C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 29 de agosto de 2016. Radicación N° 41001-23-31-000-2003-00822-01(45544). Actor: Municipio de Gigante-Huila. Demandado: Miguel Ángel Rodríguez Amaya
[4] Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: de 27 de noviembre de 2006 (Rad. 18.440), de 6 de diciembre de 2006 (Rad. 22.189), de 3 de diciembre de 2008 (Rad. 24.241) de 26 de febrero de 2009 (Rad. 30.329) y de 13 de mayo de 2009 (Rad. 25.694), entre otras.

Se ha considerado que los tres (3) primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está gobernado por la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición.

Los elementos objetivos, necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria de repetición y aplicados al caso en concreto son los siguientes:

a. *De la calidad del demandado de agente o ex agente del Estado y su conducta determinante en la condena.*

La calidad del demandado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza que se trata de un funcionario o ex funcionario, y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.

En el sub-lite, se prueba en el expediente que para el 25 de junio de 2005, el señor Yober María Meléndez Rodríguez se encontraba ***vinculado al Ejército Nacional****. Precisamente, mediante el oficio N° 2933/MDN-CE-DIV2-BR1-GMSIL-CJM-1.9 de 10 de mayo suscrito por el Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado N° 1 "General José Miguel Silva Plazas", se informó:*

> *"Identificación del señor* ***YOBER MARÍA MELENDEZ RODRÍGUEZ****, grado para la fecha de los hechos cabo primero, número de cédula de ciudadanía 98.367.362 de Policarpa (Nariño) (...)" (fl. 61) (Subrayado fuera de texto original).*

b. *De la existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.*

La parte actora debe acreditar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto.

En el caso que convoca el presente estudio, se evidencia que mediante sentencia proferida el 18 de noviembre de 2011 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, se declaró administrativa y extracontractualmente responsable al Ministerio de Defensa Nacional por la muerte de Blanca Myriam Riaño Pineda en los hechos ocurridos el 25 de junio de 2005, en la vía que de Tunja conduce a Paipa (fl. 18 a 36).

Como consecuencia de lo anterior, se condenó a la entidad a pagar el daño emergente a favor de sus padres. Y, como perjuicios morales, las siguientes sumas:

Para BERTHA ALICIA PINEDA RIAÑO (Madre)	*100 SMLMV*
Para FLAMINIO RIAÑO LEMUS (Padre)	*100 SMLMV*
Para REYNERO ENRIQUE RIAÑO PINEDA (Hermano)	*50 SMLMV*
Para RICHARD RIAÑO PINEDA (Hermano)	*50 SMLMV*
Para NESTOR JAVIER RIAÑO PINEDA (Hermano)	*50 SMLMV*
Para ANA YANITH RIAÑO PINEDA (Hermana)	*50 SMLMV*

Esta decisión fue confirmada mediante sentencia proferida el 22 de noviembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Descongestión (fl. 38 a 59).

c. Del pago efectivo realizado por el Estado.

Con la demanda se tiene que demostrar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de una sanción impuesta por una condena judicial o en virtud de una conciliación, a través de una prueba que, en caso de ser documental, generalmente suele constituirse por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado, la constancia expedida por la pagaduría de la entidad o por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario.

Milita en el expediente la Resolución Nº 3811 de 2014 expedida por el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO:** Reconocer, ordenar y autorizar el pago de la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CON 47/100 MCTE ($366.948.897.47), a favor del señor FLAMINIO RIAÑO LUMUS Y OTROS,*

> *identificado con cédula de ciudadanía N° 1177989 expedida en Tota (Boyacá), a través de su apoderado Doctor TOMAS ALFONSO ZAMBRANO AVELLA identificado con cédula de ciudadanía N° 4277310 de Tibasosa y portador de la Tarjeta Profesional N° 68681 del Consejo Superior de la Judicatura. (...)" (fl. 68)*

Asimismo, obra certificado suscrito por la Tesorera Principal del Ministerio de Defensa Nacional con la siguiente información:

> *"QUE LA RESOLUCIÓN N° 3811 DEL 09 DE MAYO DE 2014, POR VALOR DE $366.948.897.47 SE CANCELÓ AL SEÑOR **TOMAS ALFONSO ZAMBRANO AVELLA,** INDENTIFICADO CON CEDULA DE CIUDADANIA N° 4277310, CON LA ORDEN DE PAGO DEL SISTEMA INTEGRADO DE INFORMACIÓN FINANCIERA SIIF N° 122659114, A TRAVÉS DE LA DIRECCIÓN DEL TESORO NACIONAL MEDIANTE TRANSFERENCIA ELECTORNICA A LA CUENTA N° 35804346242 DEL BANCO COLOMBIA S.A. EL 29 DE MAYO DE 2014. (...)" (Negrilla del texto original) (fl. 86).*

No obstante, el apoderado del demandado sostiene que estos documentos no constituyen prueba de pago, porque para que se acredite el cumplimiento de este requisito, según su criterio, es indispensable que obre constancia de recibido por parte de los beneficiarios del pago.

*En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha sostenido este criterio pero únicamente para aquellos procesos que se adelantan en vigencia del Decreto 001 de 1984. La Subsección "A" con ponencia de la Consejera Doctora Marta Nubia Velázquez Rico en sentencia proferida el **23 de marzo de 2017** en los procesos acumulados radicados bajo los números 05001-23-31-000-2001-03864-01(45038) y 05001-23-31-000-2002-01544-01(44759), promovidos por el Ministerio de Defensa-Policía Nacional contra Jhon Jairo Arango Velásquez, manifestó:*

> *"Expuestas las pruebas cuyo objeto lo constituye demostrar el pago de las sumas de dinero consignadas en los acuerdos conciliatorios, es conveniente hacer referencia a la postura de esta Corporación frente al tema, para lo cual se trae a colación el siguiente fragmento jurisprudencial de esta Subsección[5]:*
>
> *"Bajo esa misma línea de pensamiento, la Sala se ha referido a la falta de mérito probatorio con que cuentan, para efectos de acreditar el pago, las constancias o certificaciones emitidas por la propia entidad demandante, en los siguientes términos:*
>
> *'(...) la Sala resalta el hecho de que la Nación tampoco probó el pago efectuado a los familiares de la víctima dentro del proceso de reparación directa, pues sólo aportó copia autenticada de la Resolución 3371 del 9 de*

[5] *Sentencia fechada el 26 de mayo de 2016 proferida por esta Subsección, dentro del expediente 25000-23-26-000-2004-02031-01 (39.795).*

septiembre de 1994 por la cual reconoció y ordenó el pago de $38'084.285,oo ***y de la certificación expedida por el Jefe de la División de Pagaduría del Ministerio de Hacienda sobre el referido pago, sin constancia de recibido por parte de los beneficiarios*** *(fols. 75 y 76 a 81 c. 1).*

'A juicio de la Sala, los documentos relacionados no resultan suficientes para demostrar su cumplimiento efectivo. ***En efecto, la entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo*** *de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial, a través de prueba que generalmente[6] es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago, de transacción o de consignación y/o paz y salvo que* ***deben estar suscritos por el beneficiario****.*

'No basta que la entidad pública aporte documentos de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación"[7] (Se destaca).

"Asimismo, se ha considerado que:

'(...) ***la mera certificación, constancia o manifestación que expide el deudor aseverando que realizó el pago, no es prueba idónea y suficiente del mismo****, dado que en esos eventos se carece de la constancia de recibo, consignación, paz y salvo, comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que el beneficiario de la indemnización recibió efectivamente su valor, o la declaración o manifestación de éste respecto de que realmente le fue cancelado el valor de la misma[8]'[9] (Subrayas del original, negrillas adicionadas).*

La postura reseñada ha sido sostenida por esta Subsección en reiterados pronunciamientos, entre los cuales pueden consultarse las sentencias de 27 de enero de 2016, proferidas en los procesos con números internos de radicación 35.894[10] y 39.655[11]; y de 18 de abril de 2016, expediente número 40.694[12].

---

[6] *Original de la cita: "El artículo 232 del Código de Procedimiento Civil dispone que en los eventos en que se trate de probar el pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito será apreciado como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias especiales en que tuvo lugar el mismo, haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión, situación que no es común debido a la prudencia y diligencia de todas las personas que acostumbran utilizar en sus relaciones jurídicas".*

[7] *Original de la cita: "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 25.749: M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra".*

[8] *Original de la cita: "A juicio de la Sala, los documentos provenientes del propio deudor afirmando haber realizado el pago, no constituyen prueba suficiente para acreditarlo, máxime si se tiene en consideración la trascendencia que reviste el pago efectivo y total -no solo como presupuesto material de la sentencia estimatoria, sino, incluso, para las efectos mismos de computar el término de caducidad-, cuando se trata de instaurar una acción de repetición, buscando real y seriamente la prosperidad de las pretensiones esgrimidas en la demanda. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente: 16.887. M.P. Mauricio Fajardo Gómez".*

[9] *Original de la cita: "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de julio de 2013, exp. 46.162; M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa".*

[10] *Magistrado ponente: doctor Hernán Andrade Rincón.*

[11] *Magistrado ponente: doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera.*

[12] *Magistrado ponente: doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera.*

> *En aplicación del precedente judicial, se concluye que los documentos apartados a los proceso No. 2001-03864-01, para demostrar el pago de la condena impuesta no constituyen prueba de ello, toda vez que de su contenido no es posible deducirlo en los términos que lo exige la jurisprudencia.*
>
> *No constituye prueba del pago de una condena la existencia de documentos emitidos por la entidad que así lo indiquen, pues se requiere, además, la evidencia de que el beneficiario lo recibió a satisfacción, aspecto del cual carece el expediente, criterio que debe entenderse aplica para las demandas de repetición cuyo régimen normativo no corresponde a la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-. (...)" (Subrayado fuera de texto original).*

Bajo esta misma línea de pensamiento, en sentencia de ***30 de agosto de 2017****, la misma Subsección, reiteró:*

> *"No constituye prueba del pago de una condena la existencia de documentos emitidos por la entidad que así lo indiquen, pues se requiere, además, la evidencia de que el beneficiario lo recibió a satisfacción, aspecto del cual carece el expediente. Esta postura debe entenderse respecto de las demandas de repetición que se interpusieron en vigencia del Código Contencioso Administrativo, como sucede en este caso."*[13] *(Subrayado fuera de texto original).*

En efecto, estas tesis se compadecen con lo previsto en el último inciso del artículo 142 del CPACA que prevé, que cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, como en este caso, ***el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones, en el cual conste que la entidad realizó el pago, será prueba suficiente.***

Comoquiera que la demanda de la referencia fue presentada ante los Juzgados Administrativos el 26 de mayo de 2016 (fl. 74), es decir, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, no es procedente aplicar el criterio jurisprudencial que no admite el certificado del pagador de la entidad demandante, y exige el paz y salvo de los beneficiarios de la condena.

Para la Sala, la Resolución Nº 3811 de 2014 (fl. 65 a 68), mediante la cual el Ministerio de Defensa Nacional, cumplió la sentencia, así como la certificación que

---

[13] *Sección Tercera. Subsección "A". C.P. Dra. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00247-01(48250). Actor: MUNICIPIO DE IBAGUÉ. Demandado: RODRIGO PÁEZ OLAYA y OTROS*

obra a folio 86, constituyen plena prueba del pago de la condena judicial a favor de los familiares de la víctima del accidente de tránsito ocurrido el 25 de junio de 2005.

Por las razones expuestas, no prospera la excepción de "PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD" (fl. 138), propuesta por el apoderado de la parte demandada.

Presentes entonces, los tres (3) requisitos objetivos que viabilizan la pretensión de repetición, la Sala pasa a examinar el elemento subjetivo como último presupuesto de prosperidad.

2.5. Del elemento subjetivo en el medio de control de repetición

El dolo y la culpa grave son los elementos subjetivos de la acción de repetición, y constituyen un reproche sobre la conducta ajena al derecho que causa un daño antijurídico.

La Sección Tercera, Subsección B, con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, proceso Radicado N° 11001-03-26-000-2003-00036-01(25360), en providencia del 30 de abril de 2014, precisó:

> *"La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño* ***o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación.*** *Se exige, entonces, adelantar un juicio especial de la conducta que* ***no solo demuestre descuido sino negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación, ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asuntos propios.*** *Se concluye, entonces, que* ***no cualquier conducta, así fuere errada,*** *compromete la responsabilidad de los servidores públicos. (...). La doctrina sobre el particular ha sostenido*[14]*:*
>
> > *"El concepto de culpa hace referencia a un* ***estándar genérico y flexible de la persona prudente y diligente.*** *La determinación de la regla de conducta que habría observado esa persona en las circunstancias del caso es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, esos deberes pueden estar también tipificados por la ley (como característicamente ocurre con el tráfico vehicular) o pueden estar establecidos convencionalmente por reglas sociales, formales o informales.* ***A falta de la ley o de usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir cómo se habría comportado una persona prudente en las mismas circunstancias.*** *(...)" (Resaltado fuera de texto).*

---

[14] *Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile 2009.*

En oportunidad anterior, la Subsección C, con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384), precisó:

> *"...El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición*[15] *y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77*[16] *y 78*[17] *del C. C. A.. Así, dijo*[18] *que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que* ***debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.***
>
> *Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política*[19] *y en la ley.*
>
> *Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente:* ***por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.***
>
> *Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la* ***conducta dolosa o gravemente culposa*** *de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que* ***no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial*** *ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública." (Resaltado fuera de texto).*

Así las cosas, la jurisprudencia estructuró los conceptos de dolo y culpa grave a partir del artículo 63 del Código Civil[20]*, el cual señala respecto a la segunda -culpa*

---

[15] *Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.*
[16] *Sentencia C-100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.*
[17] *Sentencia C- 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.*
[18] *Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.*
[19] *El artículo 83 Constitucional reza: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas" BD.*

[20] *Art. 63, Código Civil. "La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

grave-, que se constata cuando los negocios ajenos no son manejados, ***siquiera, con aquella diligencia que una persona negligente o de poca prudencia*** *suele emplear en los suyos, esto es, aquel descuido o desidia inconcebible, que sin implicar intención alguna de inferir un daño, lo produce.*

En efecto, hay culpa grave cuando la conducta dañina sin ser intencional es consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado. Ha sido considerada tradicionalmente[21] *como aquella actuación no deliberada del sujeto que en forma especialmente grosera, negligente, imprudente, o que de manera descuidada y sin la prudencia ni atención requerida deja de cumplir u omite el deber funcional que le es exigible.*

De tal modo que esa modalidad de conducta errática obedece a la ligereza e incuria del agente en el ejercicio de sus funciones, que termina por ocasionar un daño antijurídico y que necesariamente debe ser reparado por el Estado.

En cuanto al dolo, prescribe que se configura cuando la persona incurre en la acción u omisión, con el ánimo consciente de inferir daño a otro o a sus bienes. Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto:

> *"Siendo ello así, si por su propia decisión el servidor público* ***opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien****, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio, sí lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado."*[22] *(Resaltado fuera de texto).*

"Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.
"Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa *o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*
"El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.
"Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.
*"**El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.**" (Resalta la Sala)*
[21] *Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación Nº 25000-23-26-000-2001-02841-01(30226). Providencia del 26 de mayo de 2010.*

Ahora bien, con la expedición de la Ley 678 de 2001, *"Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición."*, se estableció un régimen de presunción de los elementos subjetivos estudiados, en los siguientes términos:

> *"ARTÍCULO 5°. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*
>
> ***Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:***
>
> *1. Obrar con desviación de poder.*
>
> *2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
>
> *3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
>
> *4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
>
> *5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.*
>
> ***ARTÍCULO 6°.** Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.*
>
> ***Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:***
>
> *1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
>
> *2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
>
> *3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*
>
> *4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.". (Resaltado fuera de texto original)*

---

[22] *Sentencia C-484 de junio 25 de 2002.*

Las presunciones son medios probatorios indirectos instituidos por el legislador con la finalidad equilibrar las cargas en el acceso a las pruebas, y en virtud de las cuales, se deduce de lo conocido lo desconocido mediante la realización de un juicio lógico. De acuerdo con lo anterior, ***quien se beneficia con una presunción únicamente debe probar los hechos en que fundamenta la consecuencia que reclama****.*

La palabra con la que se identifica esta figura jurídica proviene del vocablo latino "praesumere" y fue definido por la doctrina como "tomar antes, porque la presunción toma o tiene por cierto un hecho, un derecho o una voluntad, antes de que la voluntad, el derecho o el hecho se prueben"[23]*; se trata pues, de un concepto con alcance eminentemente probatorio. El artículo 66 del Código Civil lo define y clasifica de la siguiente manera:*

> *"**Artículo 66.** Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.*
>
> ***Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.** Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.*
>
> ***Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.**" Resaltado fuera de texto.*

La citada norma establece dos clases de presunciones, las ***iuris tantum*** *o* ***legales****, que permiten prueba en contrario, y las* ***iris et de iure*** *o* ***de derecho****, que no admiten prueba en contrario. Las primeras hacen relación a aquellos hechos, que por disposición expresa de la ley, deben tenerse como ciertos cuando se demuestren determinadas circunstancias; mientras que las segundas, son de pleno derecho pues se sabe, que de ser cierto el supuesto de hecho en que se basan, siempre va a resultar la misma consecuencia.*

Los artículos que contemplan las causales de presunción de dolo y culpa grave en la ley que reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, son ***legales*** *o* ***iuris tantum*** *ya que reconocieron la existencia*

---

[23] *La Corte Constitucional en sentencia C-595 de 2010, al estudiar sobre las presunciones, citó al doctrinante Manuel González Velásquez -Práctico de la Prueba Civil, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, Pág. 280.-, para definir el origen latino de la palabra.*

de situaciones lógicamente posibles, que de ser probadas permiten inferir el resultado jurídico, esto es, el dolo o culpa grave en el obrar del agente.

De forma reciente, la Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia proferida el ***19 de julio de 2017*** *en el proceso radicado bajo el N° 85001-23-31-001-2012-00279-01(51082) promovido por la Policía Nacional contra el señor Jorge Enrique Ariza Muñoz, expuso:*

> *"(...)*
>
> *El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición*[24] *y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de constitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en donde señaló que las presunciones allí contenidas* ***no son un juicio anticipado que desconozca el principio de presunción de inocencia, sino simplemente se trata "de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador", "por ello, la presunción constituye un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad, ya que se trata de un criterio que la ley o el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho diferente y conocido como cierto"***[25].
>
> *Por otra parte, el alto Tribunal también señaló que lo que pretenden las presunciones es corregir la desigualdad material que llegase a existir entre las partes frente a la prueba, para de esta manera proteger a quien se encuentre en una posición de indefensión respecto de la otra; de manera que, las presunciones contenidos en los citados artículos no implican el desconocimiento del debido proceso de los servidores o ex servidores del Estado, ni mucho menos el quebrantamiento del principio de igualdad*[26].
>
> *Es por esto que, al ser la acción de repetición de naturaleza patrimonial se circunscribe al derecho civil, lo que significa que pueden existir presunciones como las consagradas en la Ley 678 de 2001, a diferencia de lo relacionado con lo penal que es de carácter personal, circunstancia que impide la existencia de presunciones*[27].
>
> *(...)*
>
> ***Conforme con lo anterior, la presunción reviste un carácter probatorio, invirtiéndose la carga de la prueba al demandado, el cual deberá probar la inexistencia del hecho o de las circunstancias de las cuales se infiere la***

---

[24] *Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 30 de julio de 2015, Exp: 32.174; 27 de agosto de 2015, Exp.: 48016; 8 de julio de 2016, Exp: 41.970; 9 de septiembre de 2016, Exp: 44.845.*

[25] *Corte constitucional, Sentencia C – 374 de 2002.*

[26] *"(...) Por lo anterior, cree la Corte que de no haber apelado el legislador a la figura de las presunciones de dolo y culpa grave que consagran las normas acusadas, realmente muy difícil sería la tarea de adelantar con éxito un proceso de repetición contra el agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a una condena de reparación patrimonial en contra del Estado, y también se harían nugatorios los propósitos trazados por el legislador con la expedición de la Ley 678 de 2001, de promover la efectividad de los principios constitucionales de la moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública". Sentencia C – 374 de 2002*

[27] *Corte Constitucional, Sentencia C- 455 de 2002.*

> ***presunción para liberar su responsabilidad patrimonial.*** *Como lo ha dicho la Corte, la presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas, al facilitar el ejercicio del medio de control de repetición que es de naturaleza civil, en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, lo que permite garantizar la integridad del patrimonio público, la moralidad y eficacia de la función pública (arts. 123 y 209 de la C.P.)" (Negrilla fuera de texto original)*

En el mismo sentido, la Subsección "C", con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dentro del proceso radicado bajo el número 11001032600020130010800 (48016) promovido por la Contraloría General de la República contra el señor Julio César Turbay Quintero, en sentencia de **27 de Agosto de 2015**, *puntualizó:*

> *"Ahora bien, consultados sus antecedentes legislativos para determinar la historia fidedigna de su establecimiento, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil (voluntas legislatoris), se tiene que el establecimiento de estas "presunciones legales" tenía por objeto tornar eficaz este medio de control.*
>
> *En efecto, en la ponencia para primer debate en el Senado, se puso de presente que lo que persigue esta medida es que:*
>
> *"(...)* ***el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró***"[28].
>
> *De modo que en estos casos por tratarse de una presunción legal, esto es, que admite prueba en contrario, la parte demandada tiene abierta la posibilidad para oponerse y acreditar, en esta sede judicial, o bien la inexistencia del hecho que se presume, o de las circunstancias en que se configuró.*
>
> *(...)*
>
> *De manera que, según la posición esbozada en esta providencia los supuestos contenidos en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos, ya que no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave,* ***sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciadas se presume que el proceder del agente fue doloso o gravemente culposo.***

---

[28] *Congreso de la República, Gaceta del Congreso n.° 14 del 10 de febrero de 2000, p. 16*

> ***En tal virtud, cuando el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en alguna de las hipótesis consignadas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678, el legislador previó una serie de "presunciones legales" como mecanismos procesales enderezados a tornar efectiva la acción de repetición prevista en la Constitución. Ahora, su previsión legal no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la acción de repetición, ya que si este puede aducir medios de convicción en contrario, ello supone que para efectos de la acción de repetición el juez –en estos casos- está autorizado y es su obligación realizar una nueva evaluación de la conducta del agente.***
>
> *En tal virtud, el hecho de que el legislador suponga en estos eventos la responsabilidad civil del agente estatal, ello no impide que esta presunción pueda ser destruida con la presentación de pruebas de descargo que desvirtúen las presunciones de la ley.*
> *(...)" (Resaltado fuera del texto original)*

La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de las presunciones que preceptúan los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, en la sentencia C- 374 de 2002, precisó:

> *"Según la citada disposición legal (artículo 66 del C.C.), los hechos antecedentes en que se apoya una presunción legal* ***se deben demostrar y sólo probándolos la presunción opera a favor del que la tiene****, a menos que la otra parte demuestre lo contrario.* ***Es decir, que quien se halla favorecido con una presunción legal tiene la carga de probar únicamente los supuestos de la misma, o sea aquellos hechos que siendo ciertos hacen creíble el otro hecho del cual se deduce. Es claro, entonces, que la dispensa de la carga de la prueba para el favorecido con una presunción es apenas parcial ya que solamente opera respecto del hecho deducido.***
>
> *El que la ley permita probar en contrario lo que se deduce de una presunción o, lo que es lo mismo, la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los hechos o circunstancias de que lo infiere la ley, obedece a que las presunciones se fundamentan en probabilidades que en su condición de tales no excluyen la posibilidad de error. Luego, dada esa posibilidad de equivocación, es apenas natural que la deducción sea siempre desvirtuable por prueba en contrario. De esta forma se garantiza el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción. (...)" (Resaltado de la Sala).*

De tal manera que cuando en la demanda se acude a las presunciones citadas (Arts. 5 o 6 Ley 678 de 2001), no es aplicable el principio procesal contemplado el artículo 167 del CGP, según el cual, *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, pues como se precisó, basta que se indique de forma clara la conducta que se presume dolosa o gravemente culposa, consagrada en la norma y se pruebe el supuesto de hecho, para que le corresponda a la otra parte demostrar lo contrario.

Entonces, esta presunción trae aparejada la consecuencia para el demandado consistente en desvirtuar su responsabilidad, es decir, lo ubica en una situación que comporta una conducta facultativa tendiente a acreditar que no actuó con dolo o culpa grave; y en caso de no asumir con dinamismo su defensa, la falta de elementos de convicción sobre su obrar conforme a derecho, generaría resultados desfavorables, como una condena patrimonial.

Lo anterior, en consideración a los principios inspiradores del Estado Social de Derecho, que exigen proteger especialmente el derecho de audiencia y contradicción de quien ha sido involucrado en un juicio como generador de un perjuicio, para que pueda demostrar que su actuar no fue doloso o gravemente culposo.

Por lo expuesto, ha considerado la jurisprudencia[29], que para que el Estado pueda beneficiarse de las presunciones establecidas en materia de repetición, ***tiene la carga de precisar en la demanda, de manera clara y sin lugar a divagaciones, la modalidad de conducta que imputa, es decir si es dolosa o gravemente culposa, y cuál es la presunción enlistada en los numerales de los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 de la que se va a beneficiar****, dejando sentado en el libelo demandatorio la causa de la presunción.*

De suerte que el convocado al juicio desde el mismo momento en que se notifica de la demanda, tenga conocimiento de los motivos por los cuales le endilgan una responsabilidad con consecuencias patrimoniales y de esta forma, en condiciones de igualdad, goce de la facultad de estructurar su defensa y la contradicción de los fundamentos fácticos y jurídicos que se aduzcan en su contra.

La Corte Constitucional de forma reiterada[30] ha considerado que el contenido del derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política comprende la garantía de la defensa, entendida como la oportunidad,

---

[29] Ver entre otras:
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "C". C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia 27 de agosto de 2015. Radicación: 11001032600020130010800 (48016). Actor: NACIÓN - CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Demandado: JULIO CÉSAR TURBAY QUINTERO.
-Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "B". C.P. Stella Conto Del Castillo Díaz. Sentencia 30 de julio de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00072-00(32174). Actor: DISTRITO CAPITAL - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION DISTRITAL. Demandado: MARIA CAROLINA BARCO Y OTRO
[30] Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente D-8104

otorgada a las partes, de emplear todos los medios legítimos para ser oídas, preparar la contradicción y probar su dicho con la finalidad de evitar que se produzcan decisiones en su contra.

El derecho del demandado de tener ***conocimiento sobre la modalidad de conducta que se le imputa y la causal de presunción legal que alegan en su contra, no es más que la manifestación del referido derecho constitucional****, que exige que desde la presentación de la demanda se expongan los argumentos de hecho y de derecho que identifique la controversia, de modo que el juez pueda tomar una decisión de conformidad.*

Queda claro entonces, que respecto a la prueba de la modalidad de la conducta, el actor tiene dos vías: la primera, ***acudir a las presunciones previstas en la Ley 678 de 2001****, siempre y cuando precise en la demanda, de cuál de las causas contempladas en los numerales 5° o 6° se va a beneficiar, dirigiendo su actividad probatoria a la acreditación del supuesto de hecho en el que se funda. Lo anterior, como ya se dijo, en atención a que el ordenamiento jurídico asigna al demandante cargas para el ejercicio de esta ventaja probatoria.*

Si esto se omite, ***el actor deberá probar el dolo o la culpa grave del agente, evento en el cual, la carga de la prueba no se invierte****, y en consecuencia, al demandado no le corresponde realizar ninguna actividad de desacreditación ya que quien promueve la acción debe generar un convencimiento en el juzgador, consistente en que el demandado, intencional o desprevenidamente, desatendió de forma grosera sus deberes objetivos de cuidado generando un daño antijurídico.*

2.5.1. Caso en concreto respecto del elemento subjetivo de la conducta

Como se estudió, la demanda presentada por el Ministerio de Defensa Nacional contra Yober María Meléndez Rodríguez pretende obtener la declaratoria de responsabilidad patrimonial por la indemnización reconocida a los familiares de una víctima de un accidente de tránsito en el que se involucró un vehículo oficial conducido por el demandado.

Revisados los argumentos jurídicos de la demanda, se advierte que ella recurre a lo dispuesto en el numeral 1° ***artículo 6° de la Ley 678 de 2001*** *que, como ya se*

precisó, regula la ***presunción de culpa grave*** *al soportar la responsabilidad de la agente en lo siguiente:*

> *"Así las cosas, no hay duda y reitera que el daño antijurídico consistente en la muerte de la señora BLANCA MYRIAM RIAÑO PINEDA, fue el resultado del actuar imprudente y* ***contraventor de las normas de tránsito****, en que incurrió el accionado al ejecutar una actividad sin mediar autorización, ni contar con la experiencia para desplegar una actividad que involucra por si misma un riesgo, mismo que se agravó al ejecutarse por alguien que no contaba con la experiencia necesaria.*
>
> *En este orden de ideas y en aras no solo de proteger los recursos del Estado, sino el de sancionar económicamente al agente o agentes, que con su actuar irresponsable y omisivo, generaron un daño, mismo que debió reparar la entidad que represento, razones por las cuales con el acostumbrado respeto, solicito se despachen favorablemente las pretensiones esgrimidas en el acápite correspondiente, dado que se repite existe evidencia que se direcciona una responsabilidad a título de* ***culpa grave*** *en el agente del Estado* ***quien el día de los hechos a mutuo propio y sin informar a nadie decidió ejercer la actividad de conducción de un vehículo para el cual no contaba con la experiencia, ni con la licencia de conducción y más aun sin, mediar con (Sic) autorización de quien tenía la facultad para delegar dicha actividad****, téngase en cuenta señor juez que fueron estas circunstancias las únicas que dieron origen al nefasto accidente.*
>
> *Es decir, que su actuar denota la palmaria desatención de la prudencia y cuidado para asumir un riesgo que no le correspondía." (fl..5 a 6)*

En efecto, de su lectura es diáfano que la entidad estatal le reprocha la violación inexcusable de una norma de derecho por conducir el vehículo oficial sin autorización ni licencia de tránsito.

En este estado del estudio, es imprescindible destacar que la interpretación de la presunción prevista en el numeral primero del artículo 6° de la Ley 678 de 2001, no se puede extremar al punto de exigir su reproducción pues se haría inaplicable, y en esta medida dejaría de tener efectos la finalidad de la expedición de la norma. De acuerdo con lo expuesto en esta providencia, basta con que en la demanda, quede claro la causal de presunción de la que se trata para que ésta opere y la parte pasiva ejerza su derecho de defensa.

En los términos expuestos, es procedente la aplicación del instrumento procesal de la presunción, y en tales condiciones se verificará si probó la violación manifiesta e inexcusable de una norma de tránsito.

2.5.1.1. De las pruebas

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

- ✓ *Sentencia de primera instancia proferida el 18 de noviembre de 2011 por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Rosa de Viterbo (fl. 18 a 36).*
- ✓ *Sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Descongestión N° 9, con ponencia del Magistrado César Humberto Sierra (fl. 38 a 58).*
- ✓ *Oficio N° 2933 MDN-CGFM-CE-DIV2-BR1-GMSIL-CJM-1.9 de 10 de mayo de 2016 en el que indica que "Verificados los archivos de la unidad táctica, no se registra documentación para la fecha de los hechos con relación a la autorización del señor **YOBER MARÍA MELENDEZ RODRÍGUEZ**, para conducir vehículo de la institución castrense." (Resaltado del texto original) (fl. 61).*
- ✓ *Fallo de única instancia proferido por el funcionario de instrucción del Grupo Mecanizado N° 1 General José Miguel Silva Plazas de 21 de marzo de 2006, mediante el cual se declararon confirmados y no desvirtuados los cargos formulados contra Yober María Meléndez Rodríguez y constancia de ejecutoria (fl. 61 a 64, 141 a 142 y 218 a 221).*
- ✓ *Diligencia versión libre rendida por Yober María Meléndez el 21 de septiembre de 2009 (fl. 139 a 140).*
- ✓ *Copias de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama el 15 de junio de 2010, mediante la cual se condenó a YUBER MARÍA MELÉNDEZ RODRÍGUEZ a 40 meses de prisión y a una multa (fl. 143 a 165 y 184 a 206).*
- ✓ *Copia del proceso de reparación directa 2007-283 en 306 folios (Anexo I).*
- ✓ *Informe General del conductor expedido el 18 de octubre de 2014 (fl. 225)*

En relación con el informe general de conductor de fecha 18 de octubre de 2017 visible a folio 225 y la copia auténtica del fallo disciplinario con la constancia de ejecutoria allegado por la entidad demandante el 31 de octubre de 2017 (fl. 217 a 221), dirá la Sala que no serán objeto de examen probatorio, en tanto el primero, fue aportado por el apoderado de la parte demandada en los alegatos de conclusión, y el segundo, una vez se había cerrado la etapa probatoria.

El legislador al establecer de forma clara las oportunidades procesales para solicitar, decretar y practicar las pruebas, reconoció su importancia como el instrumento para

la realización del derecho sustancial en el marco del debido proceso[31] *y la seguridad jurídica*[32]*, y como garantía de certeza sobre el momento en el cual ocurre la preclusión de las actuaciones que pueden ser controvertidas.*

En efecto, el artículo 212 del CPACA, previó que tratándose de primera instancia para que sean apreciadas por el juez, las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse en "la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de convención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.".

Los sujetos de derecho que intervienen en el proceso, tienen el deber de solicitar las pruebas en los términos y las oportunidades establecidas en la ley, so pena que el juzgador, ***no las pueda valorar en el momento de proferir sentencia****. Ello, es consecuencia directa de la* ***preclusión de los actos procesales****, que implica la clausura definitiva de las actividades que legalmente se pueden llevar a cabo en cada etapa. De esta forma, se realizan los derechos a la igualdad, contradicción, y se otorga certeza sobre el momento en que se consolida una situación jurídica*[33]*.*

Sobre los medios de convicción allegados en una etapa diferente a la establecida en el estatuto procesal, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón, en sentencia proferida dentro del proceso número 68001-23-15-000-1999-00921-01(31318), promovido por Maricela Barajas Mayorga y otros contra el Municipio de Floridablanca y otro, el 12 de febrero de 2015, sostuvo:

> *"Al proceso también se allegaron, de manera extemporánea -con los alegatos de conclusión en primera y en segunda instancia-, otras pruebas documentales, las cuales no pueden valorarse por parte de esta Corporación, toda vez que su aporte al proceso se produjo cuando la etapa procesal para tal efecto ya había fenecido, a lo cual conviene agregar que se trata de información que ya existía para la fecha de presentación de la demanda (todos esos documentos están fechados en los años 1992 a 1997), por manera que su aporte tardío al proceso evidentemente resulta atribuible a la parte actora quien ahora pretende favorecerse con ese material probatorio.*
>
> *Respecto de casos similares, la Sala ha considerado:*

---

[31] *Artículo 29 de la Constitución Política.*
[32] *La Corte Constitucional, ha considerado que el principio de la seguridad jurídica ostenta un rango constitucional, derivado de su preámbulo y de los artículos 1, 2, 4 y 6. Sobre el particular, ver entre otras: Sentencia C-250 de 2012 con ponencia del doctor Humberto Antonio Sierra Porto*
[33] *La Corte Constitucional, en sentencia T-213 de 2008, con ponencia del doctor Jaime Araújo Rentería, abordó el estudio sobre las normas procesales y se refirió al principio de preclusión procesal.*

> *"Así mismo, el apoderado judicial de los llamados en garantía Mayor Juan Rafael Antonio Lalinde Gómez y Capitán Ricardo Arturo Vásquez Ríos,* ***aportó también por fuera de la etapa probatoria junto con su escrito de alegatos de conclusión*** *y además, en copia simple, unos documentos que dicen contener: i) el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 11 de septiembre de 1998, mediante el cual se habría declarado nulo el acto administrativo de retiro del servicio del Mayor Juan Rafael Lalinde Gómez dispuesto por razón de los hechos de la demanda de la referencia y se habría ordenado su reintegro y ii) el fallo proferido por el mismo Tribunal el 6 de noviembre de 1998, por el cual se habría declarado nulo el acto administrativo de retiro del servicio del Capitán Ricardo Arturo Vásquez Ríos y se habría ordenado su reintegro (fls. 356 a 390 y 398 a 429 c.p.).*
>
> *"(...)* ***Como se observa, los aludidos documentos fueron aportados después de agotarse la etapa procesal prevista para el efecto, supuesto bajo el cual los referidos documentos no pueden ser objeto de apreciación judicial, de conformidad con el principio de preclusión que inspira los actos procesales***[34]*" [35] (Se destaca). (...)"*

En la audiencia de pruebas llevada a cabo el 26 de octubre de 2017 la Magistrada Ponente manifestó que "se había decretado como prueba oficiar al Grupo Mecanizado Nº 1 General José Miguel Silva Plazas del Ejército Nacional para que remitiera copia auténtica con constancia de ejecutoria del fallo de única instancia proferido el 21 de marzo de 2006 (...), carga que se impuso a la parte demandante. Revisado el expediente, se observa que los oficios fueron expedidos por la Secretaría de esta Corporación y fueron retirados por la parte interesada el día de la celebración de la audiencia (...), sin embargo en este momento no se ha aportado al expediente (...)" (Minutos 00:04:49 a 00:05:52 CD. fl. 216 BIS), y luego de otorgarle el uso de la palabra a las partes y al Ministerio Público, declaró cerrada la etapa probatoria sin que la demandante interpusiera recurso alguno.

De manera que, no se tendrán en cuenta los documentos visibles a folios 217 a 220, por ser aportados de **forma extemporánea**.

---

[34] ***Artículo 118 C. de P. C.-. Perentoriedad de los términos y etapas procesales.*** *Los términos y oportunidades señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario. (Subrayas fuera del texto).*

Artículo 184 C. de P. C.-. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1° num. 90. Oportunidad adicional para la práctica de pruebas a instancia de parte y preclusión. *Si se han dejado de practicar sin culpa de las partes que las pidió, el término señalado para tal efecto se ampliará a petición de aquella, hasta por otro igual que se contará a partir de la notificación del auto que así lo disponga. Vencido el término probatorio o el adicional en su caso, precluirá la oportunidad para practicar pruebas y el juez deberá, so pena de incurrir en falta disciplinaria respectiva, disponer sin tardanza el trámite que corresponda.*

[35] *Sentencia de 26 de mayo de 2011, exp. 17.120; M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.*

Lo mismo se dirá sobre el Informe General del Conductor expedido el 18 de octubre de 2017, pues para la fecha en que se surtieron cada una de las etapas probatorias en primera instancia, la documental ya existía, y no fue solicitada ni aportada por la parte interesada.

Ahora, respecto del proceso de reparación directa 2007-238, encuentra la Sala que éste fue decretado como "prueba documental" (Minutos 00:00:22:30 y siguientes CD. fl. 178 Bis).

*A la luz del artículo 174 del CGP, **se trasladan las pruebas**, que en este caso, **se hizo frente a las documentales**. Es decir que, las pruebas "trasladadas" **que no tengan carácter documental**, no pueden ser objeto de valoración y, por el contrario, **las documentales lo serán sin limitación**, dado que en la audiencia de pruebas al momento de su incorporación, tal como lo prevén los artículos 269 y 272 del CGP, se informó a la demandada que era el momento oportuno para tachar o desconocer **los documentos** que obraran en el expediente, y la parte contra quien se aducían – demandada - guardó silencio*[36].

*Cabe precisar acá que cuando se pide el traslado **probatorio**, es carga de quien lo solicita indicar con toda precisión **la prueba a trasladar**, ello impone la sana lógica pues según el tipo de prueba, habrá de efectuarse su **contradicción**.*

*A título de ejemplo obsérvese que el artículo 222 del CGP, señala de forma clara que podrán **ratificarse** en un proceso declaraciones de testigos rendida en **otros sin la intervención de la parte contra quien se aduzcan** e indica en el inciso 2° la forma como ello debe realizarse. Entonces, si la prueba que se pide trasladar es testimonial es carga del solicitante indicar precisamente cuál es la versión que aduce contra la parte que demanda y carga de la parte contra la que se aducen pedir la ratificación, so pena de que ellos puedan ser valorados sin limitación.*

*Como en este caso, se insiste, sólo se trasladó para valoración **la documental que apareciera en el proceso primigenio**, este caso se limitará a ello. Se observan en el referido proceso N° 15693133001200700283-1, además de las actuaciones procesales, los siguientes **documentos**:*

- ✓ *Informe policial de accidente de tránsito (fl. 23 a 24 Anexo I)*

[36] *Minutos 00:04:45 CD fl. 216 Bis*

- ✓ *Informe de accidente anexo Nº 2 (fl. 25 a 26 Anexo I)*
- ✓ *Fallo de única instancia del Grupo Mecanizado Nº 1 General José Miguel Silva Plazas, proferido el 21 de marzo de 2006 y constancia de ejecutoria (fl. 68 a 70, 113 a 116 y 119 Anexo I)*

2.5.1.2. Análisis probatorio

La sentencia penal proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama de junio de 2010, que quedó ejecutoriada el 12 de diciembre de 2011, según obra a folios 184 a 206, tuvo como fundamentos fácticos los mismos de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo el 18 de noviembre de 2011 en la que se declaró administrativamente responsable al Ministerio de Defensa Nacional "por la muerte de BLANCA MYRIAM RIAÑO PINEDA, en los hechos acaecidos el 25 de junio de 2005, en la vía que de Tunja conduce a Paipa (...)" (fl. 35), y en virtud de la cual, se condenó a la entidad al pago de una indemnización, cuyo reintegro se pretende en este proceso.

De manera que, a juicio de la Sala, los argumentos expuestos por el juez penal, tienen cabida en el sub examine para analizar el elemento subjetivo del medio de control de repetición.

Sobre el particular, la Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 10 de noviembre de 2016 con ponencia del Consejero doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el proceso radicado bajo el N° 19001-23-31-000-2010-00314-01 (57008) promovido por el Ministerio de Defensa-Policía Nacional contra Asdrubal Gil Fory, expuso:

> *"5.4.6.- Revisado el anterior acervo probatorio encuentra la Sala que se satisface el elemento subjetivo en contra del agente demandado.*
>
> *5.4.7.- En efecto, demostrado quedó en el sub judice que en procedimiento policial desarrollado en el Municipio de Popayán el 24 de mayo de 2000 se inmovilizó una motocicleta Yamaha de placas IVJ04 que días antes había sido denunciada como hurtada. Igualmente quedó probado en esta causa, y en el proceso penal pertinente, que el Agente de Policía que adelantó tal actuación dejó a disposición de la Sijín del Departamento del Cauca el bien mueble para lo de su competencia, habiendo sido el Agente demandado Asdrubal Gil Fory el Patrullero que recibió y tuvo bajo su custodia el citado rodante.*
>
> *5.4.8.- Tampoco se discute que lo acontecido ocurrió cuando el Agente demandado se encontraba en desempeño de sus funciones como Patrullero y técnico del grupo de automotores de la Sijín y que el procedimiento que debía seguir el demandado consistía en hacer registrar y guarecer en el parqueadero*

de esa Entidad el vehículo para dejarlo a disposición de la autoridad judicial competente.

5.4.9.- También es verdad sabida que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional resultó condenada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa por cuenta de la prosperidad de una acción de reparación directa promovida por Darío Soto Esguerra, presunto propietario de la Motocicleta, por la pérdida del bien y le consiguiente daño emergente que se le causó. En el fallo de 20 de enero de 2009 del Tribunal Administrativo del Cauca se dijo: "(...) es evidente, además de incuestionable, que el vehículo automotor de propiedad del demandante, se encontraba a disposición de la Sijín y que estando en su poder fue desaparecido, surgiendo en consecuencia responsabilidad en contra de la entidad demandada. // Fue, pues, esa conducta omisiva y descuidada de las autoridades que tuvieron bajo su custodia el Automotor referido, le que constituye una falla del servicio (...)" (fl 68, cd anexo).

*5.4.10.- **Una y otra realidad fáctica vertida en los fallos judiciales dictados en las instancias penal y contenciosa administrativa pueden ser consideradas en este juicio contencioso toda vez que "las decisiones judiciales conforman una realidad jurídica y material que puede servir para acreditar un hecho posterior"**[37].*

*5.4.11.- Así las cosas, para la Sala resulta constitutivo de culpa grave el proceder del Agente demandado toda vez que al ser éste quien material y personalmente recibió y tuvo en su poder el bien mueble inmovilizado por las autoridades policiales en el marco de un procedimiento policial, éste estaba obligado a actuar, en el marco de sus competencias, y disponer lo pertinente para salvaguardar la existencia y conservación de la motocicleta de marras hasta tanto las autoridades judiciales dispusieran lo pertinente a la entrega, pues lo que resulta cierto e indiscutido es que fue bajo la tenencia por cuenta del Patrullero Gil Fory que se presentó la pérdida del bien, suceso éste que, jurídicamente, sólo deviene imputable **a su proceder gravemente negligente pues el fallo dictado en la instancia penal ilustra con suficiente claridad cómo el policial enjuiciado resolvió atender otros asuntos en la Fiscalía sin haber realizado, previamente, el registro de la moto en los libros radicadores y mucho menos ubicado ésta en sitio seguro, bien sea en el parqueadero de la Sijín o en poder de otro funcionario de la Policía Nacional idóneo y competente para asumir su guarda. Además, nada en el expediente informa de la intervención de otros servidor público en la pérdida del ya multicitado artefacto** (...)" (Resaltado fuera de texto original).*

En este caso, el Juez penal al analizar las pruebas aportadas al proceso relacionadas con el accidente de tránsito ocurrido el día ***25 de junio de 2005****, concluyó que Yober María Meléndez* ***es responsable a título de culpa*** *por el delito de homicidio entre otras personas, de Blanca Miryam Riaño Pineda, con fundamento en lo siguiente:*

[37] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de septiembre de 2016, Exp. 56284.*

"Ciertamente se han señalado, a partir de la prueba testimonial recaudada y lo plasmado en el informe vial del accidente, dos posturas completamente diametrales: la una, indicando que el conductor de la buseta viajaba con exceso de velocidad e invadió el carril contrario al suyo, de desplazamiento del camión militar, en momentos que el conductor de éste tuvo que esquivar otro camión, saliéndose hacia el costado derecho de la vía que se desplazaba en sentido contrario al suyo y al regresar a su carril la buseta lo había invadido, produciéndose el accidente; la otra, que el conductor del camión militar, por pretender adelantar otro vehículo, invadió el carril de desplazamiento de la buseta, colisionando con ésta de manera intempestiva.

(...)

En relación con la primera postura referida, de entrada, debemos señalar que, salvo lo dicho por el Acusado y los militares señalados como ocupantes del camión militar, que rindieron testimonio al respecto, ningún otro permite deducir que, ciertamente, la colisión se haya dado en el carril de desplazamiento del mismo, como tampoco que se haya presentado la maniobra de invasión de ese carril por otro camión.

En efecto, en primer lugar, todos los declarantes pasajeros de la buseta que dan cuenta al respecto, señalan que en ningún momento la buseta hizo viraje hacia su lado izquierdo; por el contrario, siempre se mantuvo en su carril y tan solo con motivo de la colisión trató de desviarse a la derecha, tal como lo refieren JORGE ANDERSON GARZÓN MORENO, LEIDY ANDREA ZANGUÑA PULIDO, CAMILO ANDRÉS VALDERRAMA AMADO –quien refiere solamente la maniobra de desvió de la buseta a la derecha–, SONIA MARITZA RAMOS RUIZ y EMILIA TÉLLEZ DE GIL.

(...)

De otra parte, tanto de lo señalado por el informe vial del accidente, como de lo expuesto por el agente JUAN PABLO MONDRAGÓN PIÑEROS en relación con lo observado por él y los fundamentos de algunas de las conclusiones o apreciaciones expuestas en él, así como lo que las reglas de la experiencia señalan, resulta creíble la apreciación y señalamiento del posible punto de impacto de los dos vehículos, con relación a la vía, pues efectivamente al golpearse dos cuerpos en movimiento, produciéndose pérdida o desprendimiento de material de los mismo, se genera una acumulación de éste en lugar donde los mismos han chocado. Y bajo ese presupuesto, debe concluirse que, efectivamente, la apreciación al respecto, de pura física elemental, permite deducir que lo afirmado en el informe vial del accidente, corresponde a la realidad. Sin dejar de lado que ello fue confirmado por la prueba testimonial ya referida.

(...)

Por todas estas razones, resulta del todo creíble la versión acreditada dentro de las diligencias, conforme a la cual fue YOBER MARÍA MORENO, quien al parecer por adelantar más no por esquivar otro vehículo, procede a invadir el carril contrario al de su desplazamiento, sin percatarse de la cercanía de la buseta de marras, desplazándose en sentido contrario dando lugar a la colisión con ésta, cuando el conductor apenas trataba de esquivar el camión militar con el cual colisionó, produciéndose el choque de los automotores, en el carril de desplazamiento de la buseta, la cual se vuelca hacia su costado derecho, que es el mismo de la vía, según su desplazamiento.

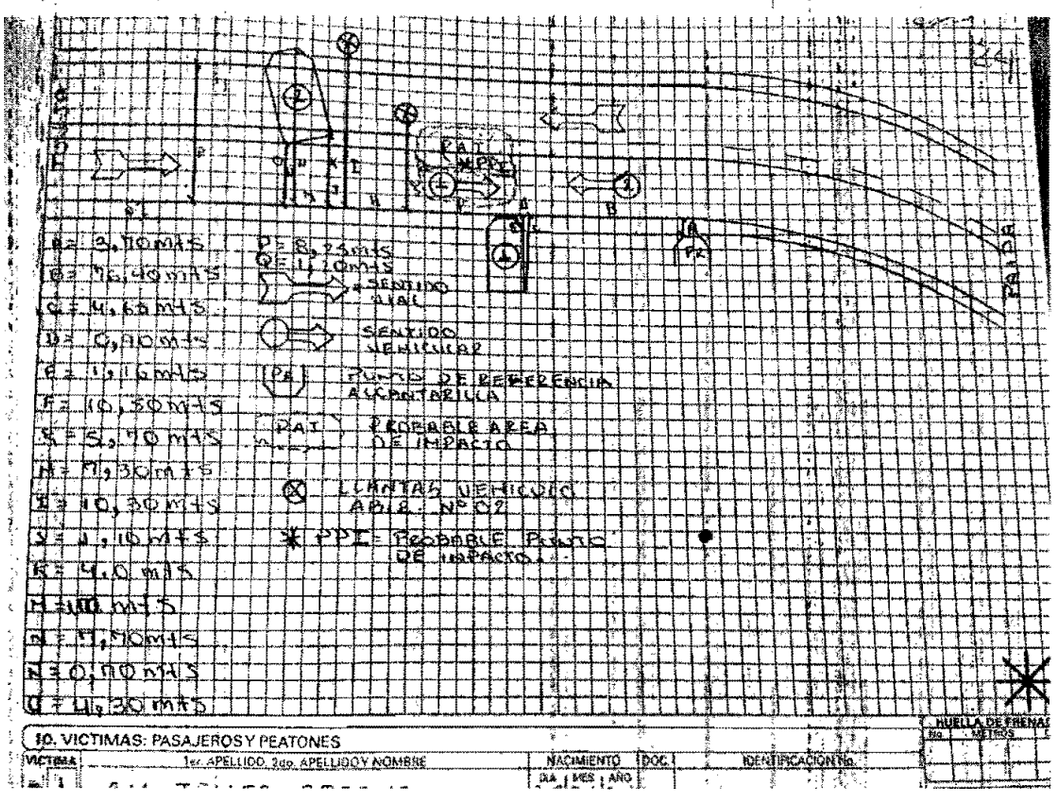
(...)

Efectivamente, como se dejó expuesto, por las circunstancias bajo las cuales condujo el camión militar a su cargo, el señor YOBER MARÍA MELENDEZ RODRÍGUEZ, en la noche del 25 de junio de 2005, invadiendo el carril contrario a su desplazamiento, causó la muerte *de JAMES ALBEWRTO CAICEDO NOGUERA, conductor de la buseta, así como de AUGUSTO BUSTAMANTE GARCÍA, ROXANA GIL TÉLLEZ,* ***BLANCA MIRYAM RIAÑO PINEDA*** *y ANA BEATRIZ OSPINA, ocupantes del último vehículo referido.*

Dicho comportamiento aparece desarrollado carente de cualquier circunstancia de exclusión de responsabilidad, pues se evidencia que MELÉNDEZ RODRÍGUEZ violó el deber objetivo de cuidado, elevando el riesgo propio y permitido de la actividad de la conducción de vehículos automotores en las condiciones que ya se han dejado expuestas, causando las lesiones mortales en virtud de las cuales se produjo el deceso de los prenencionados (Sic) (...)." (Resaltado fuera de texto original) (fl. 191 a 195).

Resulta diáfano que Yober María Meléndez Rodríguez, el día 25 de junio de 2005 desatendió sus deberes objetivos de cuidado y aquellos elementales que exigen la adopción de medidas preventivas en carreteras de doble vía, pues de forma imprudente, invadió el carril contrario generando el accidente de tránsito.

En efecto, se observa en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito N° 043968 que obra a folio 23 a 24 del anexo I, lo siguiente:



El sentido que tenía el ***vehículo N° 2*** *que correspondiente al conducido por Yober María Meléndez, es de Paipa a Tunja, y el del* ***N° 1–vehículo de servicio público de transporte-*** *era el contrario, es decir Tunja-Paipa.*

En efecto, de acuerdo con la versión libre del aquí demandado, rendida ante la Personería de Neiva, en el momento del accidente se encontraba "en movimiento desde un lugar cercano al Hotel Sochagota hacia la termoeléctrica" (fl. 139).

No obstante, el punto de impacto, identificado en el informe policial como PPI quedó en el carril que de ***Tunja conduce a Paipa****, circunstancia de la que se infiere, que Yober María invadió el carril contrario. Precisamente, como causa probable del accidente, se dejó que el Vehículo N° 2 –conducido por Yober María Meléndez- adelantó "invadiendo la vía" (fl. 24).*

De ahí que, considere esta Corporación que el demandado, omitió su deber de cuidado y prudencia al conducir un vehículo tipo camión.

El parágrafo segundo del artículo 60 de la Ley 769 de 2002 "Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dicta otras disposiciones", consagró como deber de los conductores, que al efectuar una maniobra de adelantamiento o cruce de una calzada a otra o de un carril a otro, debe hacerse de forma que no ponga ***en peligro a los demás vehículos o peatones.***

Si bien, en la zona en la que ocurrió el accidente la línea separadora central era discontinua, lo que indicaba la posibilidad de adelantamiento, lo cierto es que el artículo 73 ibídem, prohíbe de forma especial, adelantar cuando la visibilidad es desfavorable o cuando la maniobra ofrezca peligro.

En el sub-lite, resulta diáfano que si de forma próxima se encontraba un vehículo que transitaba en sentido contrario, el adelantamiento representaba un alto riesgo de accidente, y aun así, se llevó a cabo esta maniobra de forma imprudente.

A lo anterior, se suma que en relación con la licencia de conducción del demandado, obra pantallazo de correo electrónico con la siguiente información (fl. 208):

Nro. Licencia	*OT Expide Lic.*	*Fecha de expedición*	*Estado*
761220003597335	*STRIA MCPAL TTO y TTE CAICEDONIA*	*05/07/2007*	*VENCIDA*
000000000299774-1	*STRIA MCPAL TTE y MOV CUND/SOACGA*	*20/05/1998*	*INACTIVA*
000000000144705-1	*STRIA TTE y MOV CUND SOACHA*	*25 05 1996*	*INACTIVA*

Al consultar esta información en la página https://www.runt.com.co/consultaCiudadana/#/consultaPersona, con el número de cédula del demandado, en el detalle de la licencia 000000000144705-1 expedida el 25 de mayo de 1996, se encuentra que su categoría era C2 y venció el ***26 de mayo de 1999.*** *Y, la licencia N° 000000000299774-1 venció el* ***20 de mayo de 2001.***

En la página de consulta, no aparece información que permita inferir que para el ***25 de junio de 2005****, el demandado contara con licencia de conducción.*

Además, en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito N° 043968, se dejó constancia que el señor Yober María Meléndez Rodríguez no portaba licencia de conducción el día del accidente de tránsito (fl. 29 Anexo 1).

En consecuencia, las pruebas indican que el demandado, no se encontraba autorizado para la conducción de vehículos. Esta circunstancia, constituye una infracción de tránsito y es sancionada en el Código Nacional de Tránsito según el artículo 131.

Si con la demanda, el Ministerio de Defensa Nacional fundamentó la culpa grave, entre otras cosas, en que Yober María no contaba con licencia de conducción para la fecha de ocurrencia de los hechos, y con ello se invertía la carga de la prueba, la conducta procesal esperada era que la defensa aportara los medios de convicción pertinentes para poder concluir lo contrario. Si bien, allegó un documento extemporáneamente (fl. 225), este no aportaba nada al debate porque reproducía la misma información que ya obraba en el expediente.

Por otra parte, quedó demostrado que el demandado, ***sin autorización*** *alguna de su superior, decidió momentos antes del accidente, tomar el volante del vehículo.*

Mediante fallo de única instancia proferido el 21 de marzo de 2006 por el funcionario de instrucción del Grupo Mecanizado Nº 1 General José Miguel Silva Plazas - ***aportado en copia simple con la contestación de la demanda por el demandado-*** *se declararon confirmados y no desvirtuados los cargos formulados contra el señor Meléndez y fue sancionado disciplinariamente con represión severa, con fundamento en lo siguiente:*

> *"Según lo proferido en la presente providencia se impone una sanción de* ***REPRESIÓN SEVERA*** *al inculpado conforme a provenido (Sic) en el artículo 61 numeral 3 de la ley 836 de 2003, la falta fue leve y se le dio el grado de culpabilidad a título de CULPOSO (Sic), donde reconoció* ***que no había informado a su superior inmediato sobre el movimiento del vehículo Abir Nº 97015 y del permiso que le otorgo al Soldado Profesional Silva.*** *" (Resaltado fuera de texto original) (Fl. 218 a 219)*

Así entonces, el aquí demandado fue sancionado disciplinariamente por pretermitir el conducto irregular, y no dar cuenta de los hechos que debía informar a los superiores según los numerales 21 y 26 del artículo 60 de la Ley 836 de 2003.

Analizadas las pruebas en su conjunto, bajo las reglas de la sana crítica, concluye la Sala que Yober María Meléndez, incurrió en ***culpa grave*** *pues adoptó varias conductas imprudentes que desatendieron sus deberes de cautela y moderación frente a una actividad peligrosa como la conducción, que trajeron como resultado la pérdida de vidas y por consiguiente, la obligación por parte del Estado de reparar los daños causados.*

Es huérfano el expediente sobre pruebas que indiquen que la desatención a sus deberes objetivos de cuidado fuera excusable. En efecto, por un lado, no fue acreditado que el compañero del demandado se encontrara en una situación personal tan grave que fuera necesario que Yober María condujera el vehículo, y por otro, este hecho no tiene incidencia directa en la decisión de no cumplir con las normas de tránsito e invadir el carril contrario sin adoptar las medidas de prevención.

En suma, se declarará la responsabilidad patrimonial del demandado. En relación con la condena, se encuentra acreditado en el expediente que el Ministerio de Defensa Nacional, en virtud de la condena judicial, canceló ***trescientos sesenta y seis millones novecientos cuarenta y ocho mil ochocientos noventa y siete pesos con cuarenta y siete centavo ($366.948.897.47)*** *(fl. 68 y 86), suma por la cual debe responder el demandado.*

*La pretensión de pago de **intereses comerciales** sobre esa suma (fl. 3), se negará comoquiera que el artículo 192 del CPACA únicamente contempla el pago de **intereses moratorios** a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y además, aquellos tienen un contenido mercantil que difiere del objeto del presente estudio.*

2.6. De las costas

*El artículo 188 del CPACA consagra 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" (Resaltado fuera de texto original)*

La acción de repetición se fundamenta en el interés público de la protección del patrimonio público del cual depende la realización de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho. Sobre el particular, el máximo órgano de cierre en materia constitucional en sentencia C-831 de 2001, precisó:

> *"Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culpasa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública".*

Este medio procesal –medio de control de repetición- se erige como el instrumento idóneo para garantizar los principios de moralidad administrativa y eficiencia de la función pública cuando el Estado ha incurrido en erogaciones que no se sustentan en la realización efectiva de sus fines sino en una conducta dolosa o gravemente culposa de un representante suyo que generó un daño antijurídico.

No hay lugar a vacilaciones sobre el interés público que fundamenta a la acción de repetición y por ende el juez al momento de definir el caso que se sometió a su conocimiento, debe aplicar la excepción a la regla general contemplada en el artículo 188 del CPACA y no condenar en costas.

En consecuencia, no habrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA:

***PRIMERO. No prospera** la excepción de "Pago de la indemnización por parte de la entidad" propuesta por el apoderado de la parte demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO. Declarar** responsable a Yober María Meléndez Rodríguez identificado con cédula de ciudadanía N° 98.367.362 de Policarpa Nariño, por haber obrado con **culpa grave** el día veinticinco (25) de junio de dos mil cinco (2005), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO. Condenar** a Yober María Meléndez Rodríguez identificado con cédula de ciudadanía N° 98.367.362 de Policarpa Nariño a pagar al Ministerio de Defensa Nacional a la suma de trescientos sesenta y seis millones novecientos cuarenta y ocho mil ochocientos noventa y siete pesos con cuarenta y siete centavos ($366.948.897.47).*

***CUARTO.** Las sumas que resulten a favor del demandante **se ajustarán** tomando como base el IPC como lo prevé el inciso 4° del artículo 187 del CPACA.*

***QUINTO.** La condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.*

***SEXTO. NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.*

***SÉPTIMO.** Sin costas en esta instancia.*

***OCTAVO.** En firme esta Sentencia por Secretaría archívese el expediente, previas las anotaciones del caso. NOTIFIQUESE y CUMPLASE.*

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSE A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Demandante: Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Yober María Meléndez Rodríguez
Expediente: 15001 2333 000 2016 00592 00
Medio de control: Repetición

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Demandante: Blanca Miryan González Bautista
Demandado: Municipio de Tunja y otros
Expediente: 15001 2333 000 2016 00651 00
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda. *(fl. 1 a 7). En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de apoderado judicial, la señora Blanca Miryan González Bautista, solicitó la nulidad de i) la* ***Resolución No. 0436 de 12 de noviembre de 2014***[1] *(fl. 161 a 168) expedida por la Secretaria Administrativa del Municipio de Tunja, mediante la cual se negó la petición de pensión de vejez presentada el* ***3 julio de 2014****; ii) el* ***oficio Nº OA-1537*** *de 10 de diciembre de 2014 (fl. 13 y 14), mediante el cual el Contralor Municipal de Tunja, negó la petición de pensión de vejez presentada el* ***24 de noviembre de 2014*** *(fl. 37 a 39); iii) el* ***oficio Nº OA-463*** *de 15 abril de 2015 (fl. 15 a 22) mediante el cual, el Contralor Municipal de Tunja, negó la petición de pensión de vejez presentada el* ***11 de marzo de 2015*** *(fl. 285 a 287 Exp. Advo.); y el iv) el* ***oficio Nº OA-652*** *de 1º de junio de 2015, mediante el cual, el Contralor Municipal de Tunja negó el reconocimiento del vínculo laboral con la demandante por el período comprendido entre el* ***14 de enero de 1981 y el 14 de abril de 1982.*** *(fl. 34 a 36).*

Como consecuencia de la declaración de nulidad pretendió:

- *El reconocimiento de la relación laboral entre la demandante y la Contraloría Municipal de Tunja desde el* ***14 de enero de 1981 al 14 de abril de 1982*** *con efectos prestacionales económicos y pensionales.*

---

[1] *Incluida en la fijación del litigio al minuto 00:29:11 a 00:29:54 CD. Folio 246 BIS*

- *Reconocimiento para efectos pensionales del tiempo laborado en la Contraloría Municipal de Tunja entre el 14 de enero de 1981 al 9 de julio de 2001.*

- *El reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de vejez en el régimen de transición según la Ley 33 de 1985, efectiva a partir del 6 de marzo de 2012.*

Subsidiariamente pidió el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de invalidez, efectiva a partir del 8 de noviembre de 2006, o el pago de una indemnización equivalente a la pensión vitalicia, salarios, prestaciones, aportes y cotizaciones a Seguridad Social.

Como fundamentos fácticos relevantes en relación con el reconocimiento del contrato realidad, expuso que prestó sus servicios a la Contraloría Municipal por más de veinte años desde el 14 de enero de 1981 hasta el 9 de julio de 2001, pero que el tiempo de servicio entre el 14 de enero de 1981 al 14 de abril de 1982 estuvo vinculada mediante un contrato de prestación de servicios a pesar que las labores desempeñadas eran idénticas a las de otros funcionarios de planta, cumplía un horario, seguía órdenes, dependía y estaba subordinada a un jefe.

Y respecto a la pretensión del reconocimiento pensional, sostuvo:

- ✓ *Que se encuentra en el régimen de transición.*
- ✓ *Que durante todo el tiempo de vinculación le descontaron sus aportes a seguridad social*
- ✓ *Con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en el Municipio de Tunja, el 30 de junio de 1995, no fue afiliada por su empleador a ninguna administración de pensiones.*

1.2. Auto admisorio (fl. 95 a 96). *Mediante auto de 25 de noviembre de 2016, se admitió la demanda, y se ordenó notificar a COLPENSIONES como tercero interesado en las resultas del proceso de conformidad con el numeral 3° del artículo 171 del CPACA.*

1.3. Contestaciones de la demanda. *Dentro de la oportunidad legal, las partes y el tercero interesado, se opusieron a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:*

1.3.1. Municipio de Tunja (fl. 114 a 131).

Aseveró que no es posible que el Fondo Territorial de Pensiones de Tunja reconozca la pensión de vejez de la demandante, pues no cuenta con los requisitos previstos en el artículo 1° del Decreto 2527 de 2000.

Que la Contraloría, al no afiliar a la servidora pública al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, debe aplicar el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y solicitar a COLPENSIONES el cálculo actuarial de tiempos laborados y no cotizados, para que esa entidad realice el reconocimiento pensional.

Que adelantado el anterior trámite, en cumplimiento del Decreto 3798 de 2003, el Municipio de Tunja asumirá el pago del bono pensional por los aportes realizados por el empleador a la Caja de Previsión Social entre el ***21 de abril de 1982 al 31 de diciembre de 1995.***

Consideró que si COLPENSIONES no reconoce la pensión, el ente territorial liquidará y pagará la indemnización sustitutiva por ese periodo de tiempo. Asimismo, que previa solicitud, devolverá a la Contraloría Municipal los aportes realizados al Fondo Territorial de Pensiones entre el 1 de enero de 1996 al 9 de julio de 2001.

Y, propuso como excepción, la prescripción de derechos laborales.

1.3.2. Contraloría Municipal de Tunja (fl. 197 a 217). *En relación con el contrato de prestación de servicios, sostuvo que el acto administrativo demandado, goza de plena legalidad y que no es posible para la entidad el reconocimiento de derechos derivados de un vínculo laboral inexistente.*

Sobre el reconocimiento pensional, aseveró que la entidad, en su calidad de empleadora y en virtud del principio de favorabilidad, cumplió con el pago de aportes a Seguridad Social en Pensiones desde el 21 de abril de 1982 hasta el 31 de diciembre de 1995 a la Caja de Previsión Social del Municipio, y al Fondo Territorial de Pensional a partir del 1° de enero de 1996 y hasta el 9 de julio de 2001. Lo anterior, teniendo en cuenta que la actora no escogió entre el régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual.

Agregó que el Fondo Territorial de Pensiones es el que tiene que pronunciarse sobre el reconocimiento pensional.

Y, propuso como excepciones i) la "INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO EN CONTRA DE LA DEMANDADA CONTRALORÍA MUNICIPAL DE TUNJA" (Fl. 217), con fundamento en que los oficios O.A. -1537 de 10 de diciembre de 2014, O.A. 463 de 15 de abril y OA 652 de 1 de junio de 2015, suscritos por el Contralor Municipal de Tunja, gozan de plena legalidad; y ii) prescripción de derechos laborales en el caso que se llegara a demostrar que entre la entidad y la demandante hubiese existido relación laboral.

1.3.3. Colpensiones (fl. 243 a 248). *En síntesis, sostuvo que como la demandante no está afiliada a COLPENSIONES, no tiene la obligación de reconocimiento pensional.*

Asimismo, propuso como excepciones cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Para fundamentar la primera, dijo que no se acreditó la relación jurídico - sustancial entre la demandante y Colpensiones. Sobre la segunda, sostuvo que la entidad en el ejercicio de sus funciones, siempre cumple con lo establecido en la ley así como la Constitución Política. Y, respecto a la prescripción, trajo en cita el artículo 102 del Decreto 1848 de 1959.

1.4. Audiencia inicial (fl. 261 a 264 CD. fl. 264 Bis). *En la audiencia inicial llevada a cabo el 1° de agosto de 2017 la parte actora (Minutos 00:42:47 a 00:43:37 CD. fl. 264 Bis), excluyó del litigio la* ***pretensión novena*** *de "(...) pago de una indemnización equivalente a la pensión vitalicia; a los salarios, prestaciones y aportes y cotizaciones a seguridad social, correspondientes a un servidor del MUNICIPIO DE TUNJA, CONTRALORIA MUNICIPAL, generados por todo tiempo de servicio (...)" (fl. 3).*

1.5. Alegaciones finales*. Celebrada la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA (fl. 308 a 311 y CD. fl. 312), el Despacho consideró innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento y dispuso que los apoderados presentaran sus alegatos de forma escrita, quienes en provecho de dicho término, se pronunciaron así:*

1.3.1. La parte actora (fl. 313 a 324). *Reiteró los argumentos de la demanda.*

Dijo que, la relación laboral entre la Contraloría Municipal de Tunja y la actora entre el 14 de enero de 1981 al 14 de abril de 1982, fue reconocida de forma expresa por esa entidad en la Resolución N° 373 de 27 de noviembre de 1992, en varias certificaciones de tiempos de servicios y en la Resolución N° 297 septiembre de 1996.

Que lo anterior, debe tener efectos en el reconocimiento de la pensión de la demandante de conformidad con la Ley 33 de 1985.

Agregó que la normatividad, impone al empleador incumplido la carga prestacional por privar al afiliado de la pensión que habría devengado, de no darse la omisión de afiliación. Sin embargo, propuso como solución al problema jurídico, que COLPENSIONES reconozca la prestación social y recobre los aportes por medios de títulos pensionales y cálculos actuariales al empleador omiso.

Por último, solicitó "tener en cuenta frente a la petición de pensión de invalidez subsidiaria en favor de mi procurada, que la determinación del momento a partir del cual se verifica el cumplimiento de los requisitos de la pensión de invalidez en caso de padecimiento de enfermedad degenerativa como le aqueja, debe atender los principios de favorabilidad y de condición más beneficiosa en la finalidad estatal de protección y asistencia a la población más vulnerable del sistema" (fl. 324).

1.3.2. COLPENSIONES (fl. 325 a 326). *Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda. Dijo que no se encuentra legitimada para efectuar ningún reconocimiento o pago de pensión alguna a la demandante, ni existe relación jurídica con ella.*

Aseveró que no se logró probar la existencia de una relación laboral entre la actora y la Contraloría Municipal de Tunja, ya que los testigos citados no le constan los hechos de la demanda.

Por último, solicitó se negaran las pretensiones de la demanda.

1.3.3. Municipio de Tunja (fl. 327 a 329). *Ratificó los argumentos de la contestación de la demanda.*

Indicó que si bien, se probó que la demandante prestó sus servicios de manera personal a la Contraloría entre el 14 de enero de 1981 y el 14 de abril de 1982, y que

recibió honorarios en reconocimiento y pago de su labor, lo cierto es que, según su criterio, no hay algún medio de convicción sobre la subordinación de la demandante respecto al ente de control.

Reiteró que el municipio está en disposición de trasladar a COLPENSIONES los recursos girados a la Caja de Previsión Social del Municipio de Tunja por concepto de aportes a pensión de la actora.

1.3.4. Contraloría Municipal de Tunja (fl. 330 a 339). *Volvió sobre los argumentos de la contestación de la demanda.*

Consideró que no incurrió en omisión alguna en el pago de cotizaciones dirigidas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Por otra parte, afirmó que entre el 14 de enero de 1981 al 14 de abril de 1982, no se logró probar relación laboral alguna, y que, en caso de demostrarse, cualquier derecho se encuentra prescrito.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico.

Las preguntas que orientaron la fijación del litigio en la audiencia inicial llevada a cabo el 1° de agosto de 2017, respecto de la pretensión de reconocimiento de un contrato laboral, fueron las siguientes[2]*:*

- ✓ *¿Entre la demandante y la Contraloría Municipal de Tunja existió un vinculo laboral entre el 14 de enero de 1981 y el 14 de abril de 1982?*
- ✓ *En caso afirmativo ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento de prestaciones sociales ECONÓMICAS Y DE SEGURIDAD SOCIAL (APORTES PARA PENSION) por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 1981 y 14 de abril de 1982?*
- ✓ *¿Se configuró prescripción de derechos?*

Y en relación con el reconocimiento de la prestación social, se plantearon como problemas jurídicos[3]*:*

---

[2] *Minutos 00:49:37 a 00:50:13 CD. FL. 264 Bis*

- ✓ *¿La continuidad de la afiliación de la demandante al FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE TUNJA entre el* ***21 de abril de 1982 y el 9 de julio de 2001*** *impide el reconocimiento de pensión de vejez o de invalidez?*

- ✓ *En caso que el derecho pensional no se vea afectado por razón de la continuidad de la afiliación al FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE TUNJA:*

  - ❖ *¿La demandante se encuentra en el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993?*

  - ❖ *¿Cumple la demandante requisitos para el reconocimiento de pensión de vejez o invalidez, según el régimen que resulte aplicable al caso?*

  - ❖ *¿Cuál entidad debe reconocer el derecho a la pensión de vejez o invalidez que se demanda en este proceso?*

2.2. De las excepciones

Frente a las excepciones de "COBRO DE LO NO DEBIDO" y "BUENA FE, propuestas por COLPENSIONES (fl. 247), e INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO EN CONTRA DE LA DEMANDADA CONTRALORÍA MUNICIPAL DE TUNJA" propuesta por la Contraloría Municipal (Fl. 217), se dirá que constituyen argumentos de defensa, y por lo tanto, se resolverán con el fondo del asunto.

Y la excepción de "prescripción", se analizará si prosperan las pretensiones de la demanda, pues por una parte, es necesario determinar la existencia del vínculo laboral y por otra, como se explicó en la audiencia inicial, no existe prescripción extintiva del derecho pensional, sino de las mesadas pensionales a las que se aplica la regla de prescripción trienal de los derechos laborales.

---

[3] *Minutos 00:57:04 a 00:58:00*

2.3. DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL RECONOCIMIENTO DE LA RELACIÓN LABORAL

2.3.1. Del contrato de prestación de servicios

El numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[4], contempla el contrato de prestación de servicios como aquel acto jurídico que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad en los eventos en que no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Sus características han sido precisadas por el máximo órgano de cierre en materia de lo Contencioso Administrativo, así:

> *"- El contrato versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores, en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia.*
>
> *- El objeto contractual lo conforma la **realización temporal** de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad.*
>
> *- La **autonomía e independencia** del contratista desde el punto de vista técnico o científico, constituye el **elemento esencial del contrato.***
>
> *- El contratista dispone de **amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual**, delimitada por el plazo y la realización de la labor.*
>
> *- **La vigencia del contrato es temporal**. Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual.*
>
> *- La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica."[5] (Destacado fuera de texto original)*

---

[4] Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:
(...)
3o. Contrato de prestación de servicios
Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.
En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

[5] Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosa Administrativa. Sección Segunda. Subsección "A". C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Radicación número: 68001-23-15-000-2000-03151-01(1043-08). Demandante: María Eugenia Lucena Luna. Demandado: Municipio de El Playón Santander. Sentencia de 21 de octubre de 2011.

En efecto, una nota distintiva del contrato de prestación de servicios es que constituye un instrumento para atender funciones ocasionales que no forman parte de las labores asignadas a la entidad o que no puedan ser atendidas por los empleados de planta.

Es así como, el último inciso del artículo 2° del Decreto 2400 de 1968 "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.", prohíbe la celebración de esta clase contratos para el desempeño de funciones permanentes y ordena la creación de cargos en esos eventos[6].

Para la Corte Constitucional[7]*, esta restricción se adecua a los principios inspiradores de la Carta Política como medida de protección de la relación laboral y para evitar la desnaturalización de la contratación estatal, al preservar el empleo como la forma general y natural de ejercer funciones públicas.*

2.3.2. Del contrato de prestación de servicios y la relación laboral

El numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contempló que en ningún caso el contrato de prestación de servicios genera relación laboral ni el pago de prestaciones. Sin embargo, se ha considerado que ésta ***no*** *es una presunción de iure que no admite prueba en contrario, sino que faculta al afectado, a demandar por vía judicial el reconocimiento de la existencia de la relación laboral y el pago de las prestaciones a que haya lugar*[8]*.*

Para examinar este aspecto, atendiendo a la evolución jurisprudencial y estimarlo con precisión para el caso concreto, se acude a la sentencia proferida el ***29 de enero de 2015*** *por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del proceso radicado bajo el número 25000-23-25-000-2008-00782-02(4149-13), promovido por Olga Liliana Gutiérrez Galvis contra la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación y otro. Allí se dijo:*

> *"El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte*

---

[6] *Esta disposición fue declarada exequible por la sentencia C-614 de 2009. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*
[7] *Ibidem*
[8] *Ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00588-01(2487-13). Actor: Leonardo Díaz Barragan. Demandado: Departamento Administrativo De Seguridad – DAS. Sentencia de 12 de mayo de 2014. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.*

Constitucional al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, ***siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente***[9]*.*

Esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente No. 0245, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ***ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador****.*

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (...)" (Resaltado fuera de texto original)

La misma Sección en la Subsección "A", con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso radicado bajo el número 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), promovido por Esteban Paternostro Andrade contra el SENA, en sentencia de ***19 de enero de 2015****, dijo:*

"(...)

Por su parte, esta Corporación en varias decisiones[10] *ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber:* ***la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.***

Tal posición se opone a la expuesta en anterior jurisprudencia de esta Sección, en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación[11]*.*

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

---

[9] *Corte Constitucional. Sentencia C-154-97 M.P. Hernando Herrera Vergara.*
[10] *Entre otros, sentencia de 23 de junio de 2005 proferida en el expediente No. 245 con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante.*
[11] *Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Expediente No. IJ-0039. Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.*

A contrario, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar, que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque, si contrata por prestación de servicios, personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generados, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto salapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. Con lo que se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados[12].

(...)

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito[13]." *(Resaltado fuera de texto original)*

Así las cosas, el principio de realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política[14],

---

[12] *Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05. Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencias de 31 de Julio de 2008. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia de 14 de agosto de 2008. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.*

[13] *Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

[14] *ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*
Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y

opera en los eventos en los que, la administración celebra un contrato de prestación de servicios para el ejercicio de funciones propias de un empleado público. En esta medida, no interesa el nombre que se le haya dado al vínculo, sino los hechos que determinan la realización de las actividades contratadas.

Recuérdese que el trabajo goza en todas sus formas de amplia protección en el Estado Social de Derecho, en su triple dimensión como valor, principio rector del ordenamiento jurídico, así como derecho y deber social; por ello, no obstante aparecer formalmente como un contrato estatal, si en su ejecución se configuran los elementos esenciales del vínculo laboral, este debe declararse.

Para demostrarlo, se requiere que el actor otorgue suficientes elementos de juicio dirigidos a desvirtuar la naturaleza contractual en el ámbito de la Ley 80 de 1933, y a determinar que la actividad se realizó de forma personal bajo el cumplimiento de órdenes en cualquier momento respecto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y como contraprestación, haya recibido una remuneración o pago.

Una de las características de este vínculo, es que el servicio contratado sea inherente a la entidad y de carácter permanente. Para establecer lo anterior, es posible acudir a los siguientes criterios[15]:

a. ***Criterio funcional:*** *Hace referencia a que la función contratada está relacionada con las que se deben adelantar en la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución.*
b. ***Criterio de igualdad:*** *Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en la planta de personal de la entidad.*
c. ***Criterio temporal:*** *Está relacionado con que las funciones contratadas son cotidianas y conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, "...o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una*

---

discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.
Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.
[15] *Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*

relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral".[16]

d. ***Criterio de excepcionalidad:*** *Si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades transitorias, corresponde a un contrato de prestación de servicios.*
e. ***Criterio de continuidad:*** *Hace referencia a si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración.*

Advertirá la Sala que los anteriores son parámetros que permiten determinar las características del vinculo, pueden presentarse uno o varios, pero no es necesaria la concurrencia de todos.

En sentencia proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez el ***17 de noviembre de 2016*** *en el proceso radicado bajo el N° 68001233300020120039901(1333-2014) promovido por Juan Fernando Muñoz Pimiento contra el DAS, al analizar las pruebas en el caso en concreto, determinó el carácter permanente de la actividad, así:*

> *"En el caso concreto, se desvirtuó el carácter temporal de la labor contratada al probarse 1) El criterio funcional, porque la función contratada -de escolta- está referida a las que debía adelantar la entidad pública como propia u ordinaria. 2) No hay temporalidad y excepcionalidad de la labor desarrollada por el actor, porque se trató de una vinculación que sin solución de continuidad se extendió por un paco más de 4 años con la misma persona y con el mismo objeto. 3) El criterio de la continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, de carácter permanente." (Subrayado del texto original)*

Además de lo anterior, las decisiones del máximo órgano de cierre en materia Constitucional[17] *y de lo Contencioso Administrativo*[18]*, han sido consistentes en destacar que la subordinación es uno de los elementos más importantes para desentrañar de un contrato estatal una relación de índole laboral. Ésta –la subordinación- se refleja en la potestad del empleador de impartir órdenes en la*

---

[16] *Ibídem*
[17] *Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.*
[18] *Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "B" Expediente: 25000-23-25-000-2003-00839-011165-2010. Actor: Roberto Alfonso Chaves Vargas. Demandado: Municipio de Fusagasugá*

ejecución de la labor contratada, ejercer poderes disciplinarios o exigir la realización de ciertas actividades, más allá de la simple coordinación de actividades.

La coordinación de actividades requerida para desarrollar de forma adecuada el objeto del contrato de prestación de servicios, implica la sujeción del contratista a ciertas condiciones para su cumplimiento pero no debe avanzar a una relación de poder y sujeción entre las partes, la cual está descartada en estos eventos.

Esta figura es consecuencia de la obligación de las entidades públicas de vigilar de forma permanente la correcta ejecución de los contratos estatales, en tanto están involucrados recursos públicos y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como la efectividad de los derechos e intereses de los administrados[19]. En este ámbito, el contratista, está facultado para supervisar, establecer parámetros, instrucciones o condiciones con el objeto de garantizar la adecuada prestación del servicio contratado.

De ahí que la Ley 80 de 1993 establezca como deberes de los contratistas la colaboración con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla, así como el acatamiento de "...las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan..."[20]. Insistirá la Sala que si la entidad contratante excede estos límites de tal forma, que el contratista quede sujeto a su mando, se desnaturaliza la coordinación de actividades.

Por último, resulta relevante destacar que el reconocimiento de la relación laboral, no confiere a quien demanda la condición de empleado público, en tanto ello requiere el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas para el acceso a los cargos públicos.

2.3.3. Del caso en concreto

Si bien, en la audiencia de pruebas llevada a cabo el día 21 de septiembre de 2017 rindieron testimonios Carmen Cecilia Gamba Niño y José Daza (Minutos 00:08:59 y ss. CD. Fl. 312), lo cierto es que manifestaron no tener conocimiento sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la ejecución del contrato de prestación de servicios.

---

[19] *Artículo 3° de la Ley 80 de 1993*
[20] *Artículo 5, numeral 2°*

Por otra parte, en el expediente, se observan las siguientes pruebas documentales:

- ✓ *Resolución Nº 297 de 16 de septiembre de 1996, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una bonificación por tiempo servido (fl. 59).*
- ✓ ***Certificado Nº 0097 de 29 de abril de 1991** expedido por el Jefe de Fenecimientos y Archivos de la Contraloría Municipal de Tunja, en relación con el tiempo de servicios prestados por la actora a la entidad, así como la remuneración (fl. 60 a 61).*
- ✓ ***Certificado Nº 0012 de 11 de junio de 1992** expedido por el Jefe de Fenecimientos y Archivos de la Contraloría Municipal de Tunja, en relación con el tiempo de servicios prestados por la actora a la entidad, así como remuneración (fl. 62 a 63).*
- ✓ *Resolución Nº 373 de 27 de noviembre de 1992, suscrita por el Contralor Municipal de Tunja y el Secretario General, por medio de la cual se conceden unas vacaciones y se reconocen unos pagos a la demandante (fl. 64 a 65).*
- ✓ *Certificaciones sobre vinculación de la demandante a la entidad (fl. 66 a 67)*
- ✓ *Cuenta de cobro por servicios prestados según Contrato Nº 001 de 14 de enero de 1981 (fl. 154)*
- ✓ *Cuenta de cobro según contrato de trabajo Nº 2 del 15 de abril al 15 de julio de 1981 (fl. 155).*
- ✓ *Cuenta de cobro por servicios prestados entre el 1º al 31 de marzo de 1982 (fl. 157)*
- ✓ *Imputación presupuestal Registro Nº 048 (fl. 158)*
- ✓ *Imputación presupuestal (fl. 159)*
- ✓ *Certificado cargos desempañados por la demandante expedido por el Jefe de la División Administrativa del 27 de marzo de 2007 (fl. 160)*
- ✓ *Anexo I con los antecedentes administrativos.*

*Analizadas estas pruebas en conjunto, bajo las reglas de la sana crítica, concluye la Sala que entre la señora Miryan González Bautista y la Contraloría Municipal de Tunja existió una relación laboral entre el **14 de enero de 1981 y el 14 de abril de 1982**, por las razones que pasan a exponerse.*

Si bien, obran certificaciones en el plenario como las visibles a folios 60 a 63 del expediente, en las que se indica que durante el referido periodo de tiempo, la actora prestaba sus servicios a través de contrato, lo cierto es que la Contraloría Municipal le reconoció prestaciones sociales que únicamente fueron contempladas a favor de

los servidores públicos, como sucedió con la bonificación por tiempo de servicio y la liquidación por retiro del servicio.

En efecto, por ***Resolución Nº 125 de 24 de abril de 1992*** *expedida por el Contralor Municipal y el Secretario General, se lee:*

> *"Que la señorita BLANCA MYRIAM GONZALEZ BAUTISTA, se encuentra vinculada a esta Entidad desde el día 14 de enero de 1981 y en la actualidad desempeña el cargo de AUDITOR.*
>
> *Que mediante oficio de fecha 21 de abril de 1991, la señorita BLANCA MYRIAM GONZALEZ BAUTISTA solicitó le sea cancelada la bonificación por tiempo servido a que tiene derecho por haber cumplido diez (10) años de servicio a la Contraloría Municipal de Tunja comprendidos entre el 14 de enero de 1981 y el 13 de enero de 1991.*
>
> *Que se hace necesario reconocer y cancelar dicha bonificación,*
>
> *R E S U E L V E :*
>
> *ARTÍCULO PRIMERO.-Reconócese (Sic) y ordénese el pago por la suma de TRESCIENTOS VEINTE MIL PESOS ($320.000.00) MONEDA LEGAL a favor de la señorita BLANCA MYRIAM GONZALEZ BAUTISTA, por concepto de bonificación por tiempo servido correspondiente a diez (10) años de servicios prestados a la Contraloría Municipal de Tunja comprendidos entre el* ***14 de enero de 1981 y el 13 de enero de 1991.*** *(...)" (fl. 105 Anexo)*

Asimismo, mediante ***Resolución N° 297 de 16 de septiembre de 1996****, la Contralora Municipal le reconoció y ordenó el pago de una bonificación por tiempo servido a la actora, en los siguientes términos:*

> *"ARTÍCULO PRIMERO. Reconocer y ordenar el pago por la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL CIENTO CINCUENTA PESOS ($1.200.150,oo) M/L., a favor de la señorita BLANCA MIRYAN GONZALEZ BAUTISTA, por concepto de bonificación por tiempo servido, correspondiente a 15 años de labores prestados a la Contraloría Municipal de Tunja, durante el tiempo comprendido entre el* ***14 de enero de 1981 y el 13 de enero de 1996"***[21] *(Resaltado fuera de texto original)*

Ahora bien, de conformidad con el Acuerdo Municipal N° 0021 de 29 de junio de 2001, así como las Resoluciones N° 107 y 108 del 10 de julio de 2001, el cargo que la señora Blanca Miryan González Bautista desempeñaba como Profesional Universitaria 340-05, fue suprimido[22].

---

[21] *Folio 59*
[22] *Folio 247 Anexo*

En tal virtud, mediante la Resolución N° 120 de 23 de julio de 2001, se liquidó la indemnización laboral a favor de la actora por el lapso comprendido entre el ***21 de abril de 1982 y el 9 de julio de 2001***[23].

Sin embargo, la demandante interpuso recurso de reposición contra este acto administrativo, con fundamento en lo siguiente:

> *"En el año 1981 y parte de 1982, presté mis servicios a la Contraloría Municipal, mediante la modalidad denominada contrato, el cual según las actuales jurisprudencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, genera iguales derechos a los de los empleados vinculados por acta administrativa, para efectos salariales, pensionales y prestacionales; es decir que no existe ninguna diferenciación entre un empleado público vinculado por la irregular modalidad de contrato o por acto administrativo, pues en ambos casos se generan los mismos derechos laborales y prestacionales."*[24]

En efecto, mediante Resolución N° 136 de 3 de agosto de 2001 el Contralor Municipal de Tunja, consideró:

> *"Que vista la resolución de que trata este recurso encuentra este Despacho, que efectivamente le asiste razón a la peticionaria, cuando manifiesta que no se tuvo en cuenta para la liquidación de la indemnización,* ***el tiempo laborado en esa entidad durante el tiempo comprendido entre el 14 de Enero de 1981 al 14 de abril de 1982.***
>
> *En efecto vista la prueba documental allegada por la recurrente, de la misma se colige con claridad* ***que la citada funcionaria prestó sus servicios a ésta entidad desde el 14 de enero de 1981, al 14 de Abril de 1982, tiempo que no se tuvo en cuenta al momento de liquidar lo correspondiente a la indemnización, y este Despacho respetuoso de los derechos de los servidores públicos, no puede menos que corregir su error y en éste sentido reformará la resolución aquí recurrida****. (...)" (Resaltado fuera de texto original) (fl. 261 Anexo)*

Como consecuencia, resolvió:

> *"ARTÍCULO PRIMERO. Reponer parcialmente la resolución N° 120 de fecha 23 de Julio de 2001, en el sentido de incluir como tiempo servido para la liquidación de la indemnización de la señora BLANCA MYRIAM GONZALEZ BAUTISTA, el* ***comprendido entre el 14 de Enero de 1981 al 14 de Abril de 1982****, por lo expuesto en la parte motiva de esta resolución.*
>
> *ARTÍCULO SEGUNDO. Como consecuencia del artículo anterior, se ordena reconocer y pagar a la señora BLANCA MIRYAN GONZALEZ BAUTISTA, la suma de TREINTA MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS Mcte ($30.252.825,oo), por*

[23] *Folio 250 a 251 Ibidem*
[24] *Folio 260 Ibidem*

concepto de indemnización del lapso comprendido entre el 14 de enero de 1981 y el 9 de Julio de 2001" (Fl. 264 Anexo)

Además, según cuenta expedida por la Contraloría Municipal de Tunja en virtud del contrato de prestación de servicios, a la señora González Bautista no le cancelaban honorarios sino ***asignaciones mensuales*** *(fl. 154 Anexo). Y aún, la Contraloría Municipal justificó su pago en un contrato de trabajo así*[25]*:*

"CUENTA Nº 037 *POR $17.115.00*

LA CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA
a

BLANCA MIRYAN GONZÁEZ BAUTISTA DEBE:

CONCEPTO DE: *Servicios prestados a la Contraloría Municipal de Tunja, según contrato de trabajo Nº 2. Durante los meses de 15 de abril de 1981 con una asignación mensual de CINCO MIL SETENCIENTOS CINCO PESOS ($5.705.00)M/te.*		

Estas pruebas, indican a la Sala que en ***el periodo comprendido entre el 14 de enero de 1981 y el 14 de abril de 1982*** *la Contraloría Municipal de Tunja, se comportó como si mediara un* ***vínculo de carácter laboral*** *entre la demandante y esa entidad.*

En efecto, le cancelaba asignaciones mensuales y le otorgó la bonificación por servicios prestados según el Acuerdo Nº 003 de 1991, que preveía esa prestación a favor de empleados públicos (Fl. 86 Anexo[26]*). Asimismo, le reconoció una* ***indemnización laboral*** *por los servicios prestados entre el 14 de enero de 1981 y el 14 de abril de 1982.*

El reconocimiento de haberes laborales, le indica a la Sala que la demandante prestaba sus servicios en las mismas condiciones que los demás servidores públicos, es decir bajo la continuada subordinación o dependencia y de forma personal, a tal

---

[25] *Folio 155 Anexo*
[26] *ARTÍCULO PRIMERO. Créase una bonificación para los empleados públicos al servicio de la Administración central del Municipio de Tunja, Contraloría, Personería y Concejo Municipal de Tunja consistente en: 1 mes de salario para el empleado que cumpla cinco (5) años, dos meses de salario cuando cumpla 10 años, tres meses de salario cuando cumpla 15 años, y cuatro meses de salario cuando cumpla 20 años de servicio continuos o discontinuos al servicio de tales dependencias.*

punto que la administración, durante la ejecución del contrato, no pudo establecer diferencia alguna entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral.

En esa oportunidad, la misma administración, sin reparar en la denominación del vínculo, decidió proteger las garantías laborales de la actora. Si se tratara de un verdadero contrato de prestación de servicios, en modo alguno le hubiese reconocido prestaciones sociales, pues el Decreto 150 de 1976, establecía que las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicio solo tendrían derecho a los emolumentos expresamente convenidos y ***en ningún caso podrían pactarse el pago de prestaciones sociales*** *(Art. 141)* ***ni considerarse los contratos de trabajo como de prestación de servicios*** *(Art. 142).*

Si bien, las certificaciones laborales dan cuenta que en ese lapso de tiempo la actora estuvo vinculada a la entidad mediante un contrato de prestación de servicios[27]*, lo cierto es que fueron expedidas por funcionarios ajenos a la realidad de la ejecución contractual y que atendieron a la formalidad plasmada en el expediente administrativo.*

Recuérdese que en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, es un principio mínimo fundamental, la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. Si durante el año 1981 y cuatro meses de 1982, la Contraloría Municipal de Tunja asumió, a través del reconocimiento de asignaciones mensuales y prestaciones sociales, que la señora Gómez Bautista era servidora pública, la decisión demandada que le otorga validez a la formalidad contenida en las certificaciones, desconoce los mandatos constitucionales.

La existencia de un documento en el que se trascribe lo dispuesto en el contrato de prestación de servicios, no puede ser fundamento para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral, que en este caso, tienen incidencia en el reconocimiento de una prestación social como la pensión de vejez.

En conclusión, la Sala encuentra verificada la existencia de una relación laboral entre la demandante y la Contraloría Municipal de Tunja del 14 de enero de 1981 al 14 de abril de 1982, y así será declarada.

---

[27] *Folio 67*

2.3.4. De la prescripción de los derechos laborales derivados de un contrato realidad

Una vez verificada la existencia de la relación laboral, el fallador tiene la carga de determinar, aún de oficio[28], si se ha configurado el fenómeno jurídico de la prescripción.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el ***25 de agosto de 2016****, con radicación número 23001-23-33-000-2013-00260-01 y ponencia del Consejero Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, siendo demandante la señora Lucinda María Cordero Causil y demandado el Municipio de Ciénaga de Oro – Córdoba, se refirió a la prescripción de los derechos derivados de un contrato realidad en los siguientes términos:*

> *"(...) la Sala aclara que la prescripción extintiva* ***no es dable aplicar frente a los aportes para pensión****, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido* ***se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.***
>
> *(...)*
>
> *En este orden de ideas,* ***las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control*** *(de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)[29], y por ende,* ***pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.***
>
> *(...)*
>
> *Igualmente, en atención a que el derecho a una pensión redunda en la calidad de vida de aquella persona que entregó al Estado su fuerza de trabajo en aras*

---

[28] *En concordancia con el segundo inciso del artículo 187 del CPACA "la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada".*

[29] *"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*
1. En cualquier tiempo, cuando:
(...)
c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;
(...)".

de su propia subsistencia, e incluso de la de su familia, tanto para recibir una contraprestación por su servicio como para llegar a obtener beneficios que cubran contingencias derivadas de la vejez o invalidez, el juez contencioso ***deberá estudiar en todas las demandas*** *en las que proceda el reconocimiento de una relación laboral (contrato realidad),* ***así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones debidas por la Administración al sistema de seguridad social en pensiones, pues si bien es cierto que la justicia contencioso-administrativa es rogada, es decir, que el demandante*** *tiene la carga procesal de individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias (diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión*[30] ***en el texto de la demanda respecto de las cuales el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social, puesto que "La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores"*** *(artículo 48 de la C.P.), como extremo débil de la relación laboral, que imponen a las autoridades estatales la obligación de adoptar medidas tendientes a su protección efectiva, ya que sería mayor el menoscabo para la persona cuando llegare a acceder a un derecho pensional (sea por vejez o invalidez) con un monto que no reconoce la fuerza laboral que entregó a su empleador, frente a los demás que sí obtuvieron todos los beneficios a los que se tiene derecho en un contrato de trabajo (principio de proporcionalidad).*

Lo anterior, además por cuanto al hallarse involucrados derechos de linaje constitucional fundamental, ha de privilegiarse el principio de iura novit curia[31]*, en virtud del cual al juez le incumbe aplicar el derecho pese a que este sea diferente al invocado por las partes, pues es su deber estudiar el asunto de acuerdo con los hechos y el derecho vigente, por lo que se insiste en que el juez contencioso-administrativo se debe pronunciar,* ***aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, en tanto que aquellos derechos son de aplicación judicial inmediata y evidenciada su vulneración, en aras de su prevalencia sobre el derecho procesal, habrán de adoptarse las medidas jurídicas necesarias para su restablecimiento,*** *lo cual encuentra respaldo en lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, en el sentido 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", por lo cual lo anotado no implica la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador a favor de quien se ha declarado la existencia de una relación laboral con la Administración*[32]*.*

---

[30] *Ley 1437 de 2011, artículos 162 (numeral 2) y 163 (inciso 2°).*

[31] *"Los jueces dan el derecho. Para algunos autores surgió en forma de advertencia, casi diríamos de exabrupto que un juez, fatigado por la exposición jurídica de un abogado, le dirigiría: Venite ad factum, Iura novit curia; o lo que es lo mismo: 'Abogado: pasad a los hechos; la corte conoce el derecho'...". CISNEROS FARÍAS, Germán. Diccionario de frases y aforismos latinos: Una compilación sencilla de términos jurídicos. México, primera edición, número 51, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie: estudios jurídicos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 55.*

[32] *El Consejo de Estado (sección segunda, subsección A), en sentencia de 17 de abril de 2008, expediente 25000-23-25-000-1999-03598-01(4218-04), C.P. Jaime Moreno García, sobre el particular*

Acerca del tema, también resulta pertinente evocar la sentencia de 28 de mayo de 2015 de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral)[33]*, que explicó lo siguiente:*

> *"(...) estima pertinente la Sala recordar, que de conformidad con el art. 17 de la L. 100/1993, modificado por el art. 4 de la L. 797/2003, durante la vigencia de la relación laboral, es obligación del empleador afiliar a su trabajador y efectuar las cotizaciones al sistema general de pensiones, y es también el único responsable de realizar el pago de tales aportes -incluido el porcentaje que le corresponde al trabajador-, tal como lo prevé el art. 22 de la L. 100/1993.*
>
> *Ello significa que si el empleador incumple las obligaciones que el Sistema de Seguridad Social le impone, debe soportar no sólo el pago de tales aportes, también las demás sanciones a que haya lugar, tal como lo precisa el art. 23 ibídem.*
>
> *Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues* ***esa decisión judicial... indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante...sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad****" (se destaca).*

Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador." (Negrilla fuera de texto)

Constituye regla general que las prestaciones sociales y salariales son susceptibles de la prescripción, de conformidad con lo regulado en los artículos 41 del Decreto

---

dijo: "...el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes...no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral" (negrilla fuera de texto).

[33] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 28 de mayo de 2015, radicación 45985, magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo.*

3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, ***excepto cuando se trata de los aportes para pensión.***

Lo anterior, en atención a que los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones son presupuesto material necesario para el reconocimiento del derecho pensional, ello habilita a trabajadores y entidades administradoras a hacer exigibles al ***empleador en cualquier tiempo****, los aportes pensionales correspondientes a la vinculación laboral del trabajador.*

En el sub-lite, se observa que la demandante prestó de forma interrumpida sus servicios a la Contraloría Municipal de Tunja, desde el ***14 enero de 1981*** *hasta el* ***9 de julio de 2001***[34]*, tal como fue reconocido por la administración mediante Resolución N° 136 de* ***3 de agosto de 2001***[35]*. En ese acto administrativo, le fueron reconocidos sus* ***derechos salariales y prestacionales por ese periodo de tiempo.***

Ahora bien, la señora Blanca González Bautista mediante oficio radicado en la Contraloría Municipal de Tunja, el ***19 de mayo de 2015*** *solicitó el reconocimiento de la relación laboral entre el 14 de enero de 1981 y el 14 de abril de 1982 (fl. 41 a 42), el cual fue negado por la administración mediante Oficio OA-652 del 1° de junio de 2015 (fl. 34 a 36).*

No obstante, comoquiera que en este proceso, ***únicamente*** *se pretende el reconocimiento de los* ***derechos relacionados con los aportes a pensiones****, tal como se lee en la demanda y quedó en la fijación del litigio, no hay lugar a la configuración del fenómeno prescriptivo, según la sentencia de unificación traída en cita.*

En consecuencia, no prosperan las excepciones de prescripción propuestas por las demandadas.

2.3.5. Del restablecimiento del derecho en relación con la declaratoria de existencia de la relación laboral

La afiliación de los contratistas al sistema de seguridad social surge con la Ley 100 de 1993, varias normas hacen referencia a ello, el artículo 271 cuando faculta al Gobierno Nacional para "reglamentar los mecanismos para el control del pago de

---

[34] *Folios 247, 250 a 251 Anexo*
[35] *Folio 263 a 264 Anexo*

cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o ***con contrato por prestación de servicios****". (Negrillas fuera de texto);* el segundo, el artículo 282, modificado por el **Decreto 2150 de 1995**, que determina[35] la obligación de acreditar su afiliación. El mencionado artículo establece: *" ART. 282.- Las personas naturales que contraten con el Estado en la modalidad de prestación de servicios no están obligadas a acreditar afiliación a los sistemas de salud y* ***pensiones*** *previstos en esta ley, siempre y cuando la duración de su contrato sea igual o inferior a* ***tres meses***".[36] *(Subrayado fuera de texto)*

Con base en la facultad contenida entre otros en el citado artículo 271, el 2 de agosto de 2002 se expidió el Decreto 1703 *"por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud"* el artículo 23 se refirió puntualmente a las cotizaciones en **contratación no laboral**, y dispuso lo siguiente:

> *"Para efectos de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en los contratos en donde esté involucrada la* ***ejecución de un servicio*** *por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado,* ***tales como contratos de*** *obra, de arrendamiento de servicios, de* ***prestación de servicios,*** *consultoría, asesoría y cuya duración sea superior a tres (3) meses, la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
>
> *En el evento en que el ingreso base de cotización no corresponda con el valor mensualizado del contrato, siempre que estén pactados pagos mensuales, el contratante deberá requerir al contratista para que justifique la diferencia. Si esta diferencia no tiene justificación válida, deberá descontar del pago de un (1) mes, lo que falte para completar el equivalente a la cotización del doce por ciento (12%) sobre el cuarenta por ciento (40%) del valor bruto del contrato, dividido por el tiempo de duración del mismo, en períodos mensuales, para lo cual se entiende que el 60% restante corresponde a los costos imputables al desarrollo de la actividad contratada. En ningún caso, se cotizará sobre una base inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (negrillas fuera de texto).*

Con la expedición de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, se modificó el artículo 15 de Ley 100 de 1993[37], y se estableció que será obligatoria la afiliación de *"Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos Así*

---

[36] *Originalmente este artículo señalaba lo siguiente: "Art. 282. Obligación de afiliación de contratistas del Estado. Ninguna persona natural podrá prestar directamente sus servicios al Estado, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, sin afiliarse a los sistemas de pensiones y salud previstos en la presente ley.*

[37] *"Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley. Así mismo, los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegibles para ser beneficiarios de subsidios a través del fondo de solidaridad pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales".*

mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de solidaridad pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales (...)".

Asimismo, previó el artículo 1° del Decreto 510 de 2003 que "De conformidad con lo previsto por el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, las personas naturales que prestan directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, deberán estar afiliados al Sistema General de Pensiones y su cotización deberá corresponder a los ingresos que efectivamente perciba el afiliado. Para este propósito, él mismo deberá declarar en el formato que para tal efecto establezca la Superintendencia Bancaria, ante la administradora a la cual se afilie, el monto de los ingresos que efectivamente percibe, manifestación que se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento.".

El recorrido legislativo anterior resulta útil para establecer cómo, ***antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 los contratistas no estaban obligados a pagar aportes en salud y pensión, deber que aparece regulado a partir de esta norma para salud y, de forma posterior, para pensiones.***

Así entonces, no existe fundamento legal para exigirle a quien celebró un contrato de prestación de servicios con el Estado ***antes de la vigencia de las normas traídas en cita****, que en caso de omitir los aportes para pensiones como contratista, los realice una vez se declare la existencia de la relación laboral. Resulta incompatible con los postulados Constitucionales, en especial, con la confianza legítima, que luego de treinta (30) años, se le sorprenda con una obligación, que en esa época no se encontraba a su cargo.*

De una lectura integral de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, se concluye que como fundamento para ordenar el descuento del porcentaje correspondiente al servidor público, se tuvo en cuenta exclusivamente la obligatoriedad del pago de aportes a cargo de los contratistas de acuerdo con la Ley 100 de 1993, de manera que para los casos ocurridos con anterioridad a ésta, no estableció regla alguna.

Se agregará que en este caso, una hermenéutica contraria pone en peligro el derecho a acceso a la pensión de vejez de la demandante, pues si precisamente, debe recurrir al reconocimiento de la prestación social para procurarse los medios de subsistencia necesarios por la pérdida de su capacidad laboral, la orden dirigida a que complete los aportes a seguridad social carece de una justificación razonable.

En síntesis, se declarará la existencia de la relación laboral entre la señora ***BLANCA MIRYAN GONZALEZ BUTISTA*** *y la* ***CONTRALORÍA MUNICIPAL DE TUNJA*** *por el periodo comprendido entre el* ***catorce (14) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981) y el catorce (14) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982)****, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el pago de aportes de seguridad social* ***para pensión*** *por el referido periodo, para lo cual, la Contraloría Municipal de Tunja deberá tomar el ingreso base de cotización, es decir, los honorarios, mes a mes entre el 14 de enero de 1981 y el 14 de abril de 1982,* ***y cotizar al fondo de pensiones los aportes en el porcentaje equivalente al cien por ciento (100%).***

2.4. DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL

El Sistema de Seguridad Social Integral vigente, fue creado mediante la Ley 100 de 1993, y de este, forma parte el Sistema General de Pensiones que se aplica, con las excepciones que prevé la ley[38]*, a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 11).*

Mediante Decreto Nº 000360 de 27 de junio de 1995, el Municipio de Tunja, adoptó el Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel municipal a partir del ***30 de junio de 1995*** *con las siguientes precisiones*[39]*:*

- ✓ *A partir del mes de julio de 1995 de los salarios de todos los servidores públicos del nivel municipal,* ***se debían efectuar los descuentos*** *para* ***pensiones*** *establecidos en la Ley 100 de 1993, así como en sus Decretos Reglamentarios.*
- ✓ *Todas las entidades públicas del nivel municipal deberían efectuar los aportes para pensiones que han sido determinados por Ley 100 y sus Decretos Reglamentarios.*

---

[38] *ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. <Ver Notas del Editor> El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

[39] *Folio 132 a 133*

- ✓ *Los servidores públicos del orden municipal al 30 de junio de 1995 que eligieran el régimen solidario de prima media con prestación definida y que se encontraran afiliados a la Caja de Previsión Social Municipal,* ***podían continuar afiliados a esa entidad hasta el 31 de diciembre de 1995.***
- ✓ *La administración municipal y sus entidades descentralizadas, la Contraloría Municipal así como la Personería, debían efectuar sus ajustes contables y presupuestales, con el fin de garantizar el estricto cumplimiento del Decreto.*

Así entonces, los servidores públicos que continuaron laborando para el Estado, y no cumplían con los requisitos para el reconocimiento de la prestación social, una vez entrara a regir el Sistema General de Pensiones en la entidad territorial a la cual se encontraran vinculados, debían seleccionar entre el régimen solidario de prima media con prestación definida, administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales –ISS-, o el régimen de Ahorro individual con Solidaridad[40].

En el caso que convoca el presente estudio, según el Certificado de periodos de vinculación laboral para Bonos Pensionales y Pensiones –Formato N° 1- (fl. 23), la señora Blanca Miryan González para el ***30 de junio de 1995*** *se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Municipal, y permaneció allí hasta el* ***31 de diciembre de 1995.***

A partir del ***1° de enero de 1996****, el empleador empezó a realizar los aportes al Fondo Territorial del Municipio, y aunque la demandante radicó ante el Departamento de Recursos Humanos el 8 de mayo de 1996, escrito mediante el cual informaba que a partir de la fecha decidía trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el Fondo de Pensiones Davivir S.A.*[41]*, la entidad,* ***sin atender la solicitud****, continuó realizando los aportes al Fondo hasta la fecha del retiro, ocurrida el* ***9 de julio de 2001*** *(fl. 23).*

La demandante, al considerar que cumplía con los requisitos para obtener el reconocimiento pensional, presentó solicitud al Fondo Territorial de Pensiones, entidad que mediante Resolución N° 436 de 12 de noviembre de 2014, se declaró incompetente (fl. 161 a 167).

Para resolver el problema jurídico propuesto en la audiencia inicial, a continuación la Sala estudiará si el Fondo Territorial de Pensiones, cuenta con la competencia para el reconocimiento de la prestación social.

---

[40] *Artículo 2° Decreto 1068 de 1995*
[41] *Folio 166 Anexo*

2.4.1. De la competencia del Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Tunja para el reconocimiento de pensiones

El artículo 4° del Decreto 1296 de 1994 "Por el cual se establece el régimen de los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas", previó como funciones de los Fondos Territoriales de Pensiones Públicas:

1. *Sustituir el pago de las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, a cargo de las cajas o fondos pensionales públicos, y empresas productoras de metales preciosos insolventes, en los respectivos niveles territoriales.*

2. *Sustituir a las cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos insolventes pertenecientes a la entidad territorial, en lo relacionado con el pago de pensiones de aquellas personas que han cumplido el tiempo de servicio pero no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión, una vez se reconozcan, siempre y cuando no se encuentren afiliados a ninguna otra administración del régimen de pensiones de cualquier orden.*

3. *Sustituir a las entidades territoriales, establecimientos públicos, y empresas industriales y comerciales pertenecientes a la entidad territorial, que tengan a su cargo el pago directo de pensiones, cuando ello se decida.*

4. *Tomar las medidas necesarias para que se dé cabal cumplimiento a la mesada Pensional adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.*

5. *Llevar los registros contables y estadísticos necesarios, garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia pensional deba atender el respectivo fondo.*

6. *Velar para que todas las entidades sustituidas en el pago de pensiones cumplan oportunamente con las transferencias de las sumas*

correspondientes a cada entidad por concepto de los pasivos pensionales.

7. *Liquidar y sustituir en los pagos de los bonos pensionales de que trata el artículo 123 de la Ley 100 de 1993, los cuales estarán a cargo de la respectiva entidad y de las cajas o fondos pensionales públicos y empresas productoras de metales preciosos a quienes sustituya, cuando el fondo se constituya en los términos del inciso 1 del artículo 3 del presente Decreto.*

Obsérvese que estos Fondos fueron creados con el objeto de ***sustituir el pago de pensiones que ya tenían a cargo las Cajas de Previsión Social*** *en el momento de su liquidación.*

De acuerdo con el artículo 1° Decreto 2527 de 2000, los fondos podrán reconocer pensiones respecto de ***quienes tuvieran el carácter de afiliados*** *a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, de forma exclusiva, en los siguientes casos:*

1. *Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del* ***orden nacional*** *hubieren cumplido a 1° de abril de 1994, los requisitos para obtener el derecho a la pensión y no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra administradora del régimen de prima media.*

2. *Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las* ***entidades del orden territorial*** *hubieren cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en la entidad territorial del domicilio de la caja, fondo o entidad pública y la pensión no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra administradora del régimen de prima media.*

3. *Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones.*

> *También podrán hacerlo respecto de sus afiliados y en los mismos casos, las entidades a las cuales corresponda el reconocimiento de pensiones antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.*

La Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas al resolver un conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Departamento de Santander-Fondo Territorial de Pensiones y COLPENSIONES, el ***10 de octubre de 2017****, consideró que los fondos tienen competencias para reconocer prestaciones diferentes a las establecidas en la ley, cuando el acto de creación así lo estipulara:*

> *"Como se observa, los fondos de pensiones territoriales fueron encargados principalmente de sustituir a los fondos y cajas de previsión insolventes en el pago de las pensiones que estaban a su cargo (numerales 1, 2 y 3);* ***solo excepcionalmente tienen competencia para reconocer nuevas prestaciones, si así lo determinaba el acto de creación.*** *Dicho de otro modo, tales fondos son, en esencia, simples cuentas destinadas a sustituir en el pago de las pensiones a las antiguas cajas o entidades de previsión territoriales. De ahí su naturaleza de fondos - cuenta sin personería jurídica.*
>
> ***En síntesis, salvo que el fondo de pensiones territoriales haya recibido en su acto de creación la competencia expresa de reconocer directamente pensiones de los antiguos afiliados a las cajas o fondos que sustituyen, no se varía la regla establecida en el artículo 6 del Decreto 813 de 1994, antes citado, respecto de la competencia del ISS parta el reconocimiento de las pensiones de los afiliados a las cajas o fondos o entidades de previsión liquidadas.*** *" (Negrilla fuera de texto original)*

En el sub-lite, mediante Decreto Nº 000361 de 27 de junio de 1997 (fl. 134 a 139), se declaró la insolvencia en materia de pensiones de la Caja de Previsión Social del Municipio de Tunja y, en consecuencia, se creó el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Tunja como una cuenta especial del ente territorial, sin personería jurídica y adscrito a la Secretaría de Hacienda Municipal (Art. 4) con el objeto de facilitar el eficiente y oportuno recaudo, asignación, contabilización, administración y control de los recursos financieros destinados o que se destinen para cubrir las obligaciones en materia pensional, y demás prestaciones adicionales contempladas en el capítulo V artículo 50[42] y 51[43] de la Ley 100 de 1993 y que están a cargo de la Caja de Previsión Social Municipal (Art. 5º).

---

[42] *ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.*

[43] *ARTÍCULO 51. AUXILIO FUNERARIO. La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al*

A su vez, la referida disposición, le asignó al Fondo Territorial de Pensiones las siguientes funciones[44]:

> ***1. Sustituir el pago** de las pensiones de vejez, jubilación, invalidez, de sustitución o sobrevivientes y demás prestaciones adicionales contempladas en el capítulo V, artículo 50 y 51 de la Ley 100 de 1993 **y que están a cargo de la Caja de Previsión Social Municipal.***
>
> ***2.** Sustituir a la Caja de Previsión Social Municipal en lo relacionado con el pago de pensiones de aquellas personas **que han cumplido el tiempo de servicio pero que no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión, o que han cumplido los requisitos de tiempo y edad** y que aún no han sido reconocidas o han presentado su reclamación.*
>
> ***3.** Sustituir a la Caja de Previsión Social Municipal en el pago de todas las pensiones que se reconozcan legalmente a partir del 1 de enero de 1996.*
>
> ***4.** Organizar la ejecución y actualización de los registros contables y estadísticos requeridos para el cumplimiento de sus objetivos.*
>
> ***5.** Garantizar el estricto control de los recursos y su utilización exclusiva en el cumplimiento de las finalidades del fondo.*
>
> ***6.** Exigir a la administración central y a las entidades descentralizadas del orden municipal, a la Contraloría y Personería Municipal la oportuna trasferencia de los recursos financieros a su cargo.*
>
> ***7.** Implementar y aplicar programas de sistematización que faciliten el cumplimiento de las funciones y la realización de los controles necesarios.*

último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que éste auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.
Cuando los gastos funerarios por disposición legal o reglamentaria deban estar cubiertos por una póliza de seguros, el Instituto de Seguros Sociales, cajas, fondos o entidades del sector público podrán repetir contra la entidad aseguradora que lo haya amparado, por las sumas que se paguen por este concepto.

[44] *Folio 135 a 136*

> ***8.*** *Dentro de los términos establecidos por las disposiciones vigentes, liquidar y sustituir en el pago de los bonos pensionales creados por la Ley 100 de 1993.*

En efecto, el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Tunja, es una cuenta especial pagadora de las pensiones reconocidas antes del ***30 de junio de 1995 que se encontraban a cargo de la Caja de Previsión Social Municipal.*** *Asimismo, reconoce la prestación social a los servidores públicos que a esa fecha, hubiesen cumplido con los requisitos previstos en la ley para pensionarse o llevaran veinte (20) años al servicio del ente territorial.*

Comoquiera que la señora Blanca Miryan González para el 30 de junio de 1995 no había cumplido los requisitos para pensionarse y llevaba catorce (14) años de servicio en la Contraloría Municipal, el Fondo Territorial de Pensiones carece de competencia para pronunciarse sobre el reconocimiento pensional.

Por los motivos expuestos, se encuentra conforme a derecho el numeral primero de la Resolución Nº 436 de 12 de noviembre de 2014 expedida por la Secretaria Administrativa del Municipio de Tunja (fl. 161 a 168), mediante la cual declaró la incompetencia del Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Tunja para pronunciarse sobre la solicitud de pensión.

2.4.2. Del cálculo actuarial

De acuerdo con los artículos 3, 11 y 13 del Decreto 692 de 1994, la ***afiliación*** *permite el acceso al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que se deriven del mismo.*

Si bien, en el sub lite, el empleador realizaba los descuentos del salario de la demandante, y cotizaba para efectos pensionales al Fondo Territorial de Pensiones, lo cierto es que ***omitió afiliarla a alguno de los regímenes del Sistema General en Pensiones*** *de la Ley 100 de 1993.*

No obstante, lo expuesto en modo alguno puede ocasionar consecuencias adversas a la peticionaria, de tal suerte que se pongan en peligro la vigencia de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, mínimo vital y seguridad social, menos aun cuando la omisión es imputable al Estado.

Recuérdese que la seguridad social es un derecho fundamental de carácter inalienable[45] que exige la protección especial por parte del Estado, y se dirige a garantizar las condiciones de vida digna frente a situaciones como la vejez o la incapacidad física o mental, que pueden impedir al ser humano proporcionarse su propio sustento. En efecto, es amparado por el artículo 9 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[46]; el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales (Art. 9)[47]; y la Declaración Americana de los Derechos de la Persona (Art. 16)[48].

De ahí que para resolver conflictos que impidieran el reconocimiento de la pensión por conductas imputables al empleador sin que resultara afectada la parte débil de la relación laboral, el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, previó:

> ***"PARÁGRAFO 1o.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*
>
> *a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;*
> *b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;*
> *c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.*
> *d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.*
> *e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión."*

Este cómputo es procedente siempre que el empleador o la caja, según el caso, ***trasladen con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del***

---

[45] *Artículo 1° Código Iberoamericano de Seguridad Social, adoptado por el Estado Colombiano mediante la Ley 516 de 1999.*
[46] *http://www.hchr.org.co/documentosinformes/documentos/html/pactos/protocolo_san_salvador.html*
[47] *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx*
[48] *"Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia" https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf*

trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, mediante un bono o título pensional[49].

*En el mismo sentido, el inciso 6° del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 contempló que "En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el **cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994**."*

Ha considerado la jurisprudencia de las Altas Cortes[50], que esta solución resulta eficiente al reconocer el trabajo del afiliado sin afectar la estabilidad financiera del sistema, pues permite la integración de los recursos a las entidades administradoras, con instrumentos como el cálculo actuarial.

*En el sub-lite, se observa que todas las cotizaciones durante el periodo laboral, se realizaron al Fondo Territorial de Pensiones (fl. 23) sin que la demandante fuera afiliada a alguna administradora de pensiones prevista en la Ley 100 de 1993. De manera que la demandante se encuentra en el supuesto del literal d) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y para el reconocimiento de su pensión de vejez, debe tenerse en cuenta el tiempo de servicio a la Contraloría Municipal de Tunja entre el **21 de abril de 1982 al 9 de julio de 2001**.*

Ahora bien, la entidad que debe realizar el cálculo actuarial es el Fondo Territorial de Pensiones, comoquiera que recibió los aportes correspondientes. En el Certificado de Información Laboral en Formato N° 1, se lee (fl. 23):

30. PERIODOS DE APORTES						SI AL EMPLEADO SE LE DESCONTO PARA SEGURIDAD SOCIAL	32. CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA CUAL SE REALIZARON LOS APORTES	
DESDE			HASTA					
Día	Mes	Año	Día	Mes	Año		NOMBRE	NIT O CÓDIGO
21	4	1982	31	12	1995	**SI**	CAJA DE PREVISIÓN	891800846-1

[49] *Literal d) Parágrafo 1°. Artículo 33 Ley 100 de 1993.*
[50] *Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno. SL4388-2015 Radicación N° 43182. Sentencia del 20 de octubre de 2015. Demandante: Oscar de Jesús Zapata Mejía. Demandado: Sociedad de Fabricación de automotores SOFASA S.A.*

							SOCIAL	
1	1	1996	9	7	2001	**SI**	FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL MUNICIPIO	860013016-1

Si bien, entre el ***21 de abril de 1982 y el 31 de diciembre de 1995****, el Municipio realizó aportes a la Caja de Previsión Social Municipal (fl. 23), lo cierto es que mediante el Decreto N° 000361 de 27 de junio de 1995 se declaró su insolvencia en materia de pensiones (fl. 134), y en tal virtud, trasladó sus recursos y reservas al Fondo.*

En efecto, una vez declarada la insolvencia de la caja o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial, era necesario determinar la cuantía para su liquidación por medio de un corte de cuentas, según lo ordenado en el artículo 24 del Decreto 1068 de 1995. En este sentido, dispuso el artículo 9° del Decreto 1296 de 1994:

> *"Artículo 9°.- Traslado de reservas. Los Fondos de Pensiones Territoriales, deberán acordar con las cajas, fondos o entidades de previsión sustituidas, así como con las entidades públicas territoriales que tienen a su cargo el pago de pensiones,* ***el monto y la forma en que trasladarán los recursos y las reservas al Fondo correspondiente."*** *(Resaltado fuera de texto original)*

Para la Sala, no hay duda que los recursos que por concepto de aportes fueron cotizados a la Caja de Previsión Social del Municipio, se trasladaron al Fondo Territorial de Pensiones, hecho que fue admitido por esta entidad en el acto administrativo que se acusa y respecto del cual no discusión.

Ahora bien, en relación con los aportes realizados entre el ***1 de enero de 1996 y el 9 de julio de 2001****, consideró el Fondo Territorial de Pensiones, en la Resolución N° 0436 de 12 de noviembre de 2014, lo siguiente:*

> *"20. Que al estar confirmada la omisión a que alude el literal d) transcrito, lo procedente es que la entidad empleadora CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA solicite a la Administradora del Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida COLPENSIONES, la realización de la* ***liquidación del cálculo actuarial de tiempos laborados y no cotizados de la señora*** *BLANCA MIRYAM GONZÁLEZ BAUTISTA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 40.014.385 expedida en Tunja; al Régimen de Prima Media con prestación*

definida por omisión del empleador público; para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1996 al 9 de julio de 2001; para que sea COLPENSIONES la entidad que realice el reconocimiento y pago de la pensión de vejez o de la pensión de invalidez solicitadas, en cumplimiento a lo señalado en la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, Decreto 691 de 1994, Decreto 1068 de 1995, Decreto 1887 de 1994, artículo 17 del Decreto 3798 de 2003.

21. Que una vez la Administradora de Régimen de Prima con Prestación Definida COLPENSIONES, se pronuncie sobre el reconocimiento de la pensión a que cumpla la solicitante; el Municipio de Tunja en cumplimiento al Decreto 3798 de 2003, debe asumir el pago del respectivo bono pensional, por los aportes realizados al empleador Contraloría Municipal de Tunja, a la Caja de Previsión Social Municipal durante el periodo de tiempo comprendido entre el 21 de Abril de 1982 al 31 de Diciembre de 1995.

22. Que en caso de que a la solicitante no le sea reconocida pensión alguna por parte de COLPENSIONES, el Municipio de Tunja realizará el pago de la Indemnización Sustitutiva de la pensión de vejez que tendría derecho la solicitante de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1730 de 2001, modificado por el Decreto 4640 de 2005 por los aportes efectuados a la Caja de Previsión Social Municipal de Tunja por el periodo de tiempo comprendido entre el 21 de Abril de 1982 al 31 de Diciembre de 1995.

23. Que el Municipio de Tunja previa solicitud, hará la devolución a la Contraloría Municipal de Tunja de los aportes realizados al Fondo Territorial de Pensiones del Municipio Tunja, durante el periodo comprendido entre el 1° de Enero de 1996 al 9 de julio de 2001, por concepto de aportes por pensión de la señora BLANCA MIRYAM GONZÁLEZ BAUTISTA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 40.014.385.

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

(...) ARTICULO SEGUNDO.-Remisión por competencia. Una vez pagado por parte de la Contraloría Municipal de Tunja el cálculo actuarial de los tiempos laborados y no cotizados de la empleada pública BLANCA MIRYAM GONZÁLEZ (...), al régimen de Prima Media con prestación definida, por omisión del empleador público a favor de COLPENSIONES; para el periodo comprendido entre el 1 de Enero de 1996 y hasta el 9 de julio de 2001; remitir por competencia a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida COLPNESIONES, la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez o de invalidez y en subsidio la indemnización sustitutiva, presentada por BLANCA MIRYAM GONZÁLEZ BAUTISTA (...)" (fl. 166 a 167)

Aparece diáfano que este acto administrativo está falsamente motivado, pues quedó verificado con el certificado laboral visible a folio 23, que la Contraloría Municipal de Tunja como empleadora, ***realizó los descuentos y aportes para efectos pensionales al Fondo Territorial de Pensiones*** entre el ***1° de enero de 1996 y el 9 de julio de 2001.***

La Sala rechaza la conducta asumida por el Fondo Territorial de Pensiones, pues a pesar que en virtud del artículos 16 y 17 del Decreto 361 de 1995 (fl. 138-139), recibió los archivos y documentos relacionados con la historia laboral de los afiliados a la Caja de Previsión Municipal, guardó silencio sobre la situación o no advirtió la afiliación irregular de la señora Blanca Miryan González Bautista, recibió los recursos de la servidora pública, y ahora pretende desconocer la existencia de los mismos y trasladarle la carga a otra entidad.

Admitir el argumento del Fondo Territorial de Pensiones, generaría un enriquecimiento sin justa causa a su favor al percibir las cotizaciones y los rendimientos financieros de estas, y abstenerse de expedir el bono pensional para hacer efectivo el derecho a la seguridad social[51].

La apatía del funcionario público en estos términos, constituye un desconocimiento flagrante de los principios que orientan el Estado Social de Derecho, así como del deber de cumplir y hacer que se cumplan la Constitución y los tratados internacionales relacionados con la seguridad social.

Se agregará que al estudiar la constitucionalidad del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional en sentencia C-506 de 2001, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, aclaró que la obligación de realizar el cálculo actuarial ***no se radica exclusivamente en cabeza del empleador****. En efecto, si las cotizaciones fueron realizadas a una caja de previsión social, a ésta le corresponde realizar el cálculo:*

> *"La Corte constata sin embargo que la norma no está creando en cabeza del último empleador o pagador la responsabilidad de concentrar el valor del cálculo actuarial o de asumir, como lo entiende la actora, responsabilidades de pago por cuenta de terceros. Por el contrario, el alcance de la norma se refiere a la obligación que incumbe a todos los empleadores o entidades pagadoras de pensiones de transferir a la entidad administradora del régimen de prima media que reconoce la pensión de vejez, el valor del cálculo actuarial a satisfacción de esta última.*
>
> ***La norma señala concretamente que el cómputo de las semanas necesarias para reconocer la pensión de vejez, será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, a satisfacción de la entidad administradora, con base en el cálculo actuarial, las sumas correspondientes del trabajador que se afilie."*** *(Negrilla fuera de texto original)*

[51] *Así lo ha considerado la Corte Constitucional. Sentencia T-478 de 2010. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.*

Con fundamento en los argumentos expuestos, se anulará el numeral segundo del acto administrativo traído en cita, y a título de restablecimiento del derecho se ordenará al Fondo Territorial de Pensiones, realizar el cálculo actuarial del periodo comprendido entre el ***21 de abril de 1982 y el 9 de julio de 2001****.*

2.4.3. Entidad a la que se debe trasladar el cálculo actuarial

Comoquiera que la legislación vigente, ordena el traslado de la suma resultante del cálculo actuarial a la entidad administradora del régimen al cual se encuentre afiliado el beneficiario, a continuación la Sala, abordará el estudio de este asunto.

Si bien, Colpensiones aportó Registro de Afiliados a la Protección Social-RUA, en la que consta una afiliación de ***marzo 6 de 1996*** *al Fondo de Pensiones y Cesantías ING, y a Protección S.A., del* ***1º mayo de 1996*** *-en ambas con estado "Retirado" (fl. 249)-, lo cierto es que* ***estas afiliaciones no se hicieron efectivas*** *por las razones que pasan a exponerse.*

Sea lo primero aclarar que ING inicialmente tenía como razón social DAVIVIR[52] *y que, Protección absorbió a ING, sociedad que se disolvió sin liquidarse*[53]*.*

Se observa en el expediente administrativo a folio 165, la solicitud de vinculación Nº 364190 de la señora Blanca Miryan González Bautista a Pensiones y Cesantías DAVIVIR de fecha ***6 de marzo de 1996****, con la inscripción "ANULADO".*

Asimismo, se aportó una comunicación de ***8 de mayo de 1996*** *en virtud de la cual, la ahora demandante informó a la Contraloría Municipal de Tunja, que a partir de esa fecha decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por DAVIVIR (fl. 166 Anexo). En el mismo documento, obra una inscripción a mano en la que se lee:*

> *"Enero/2001*
>
> *Esta afiliación nunca se hizo efectiva.*
> *No tiene efecto alguno"*

Sobre la afiliación, el último inciso del artículo 4º del Decreto 1068 de 1995, reza:

---

[52] *http://ingpyc.blogspot.com.co/p/origen.html*
[53] *Por medio de la Resolución Nº 1850 de 2012, la entonces Superintendencia Financiera "no objeción a la fusión por absorción de ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía S.A. por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCIÓN S.A."*

> *"Para que la afiliación se considere válida el* ***formulario debe estar correctamente diligenciado*** *y firmado por el afiliado, el empleador y la persona autorizada por la entidad administradora de pensiones." (Negrilla fuera de texto original)*

A continuación el artículo 5º ibídem, previó que para los servidores públicos del nivel territorial, la afiliación surtiría efectos a partir del primer día del mes siguiente al del ***diligenciamiento del respectivo formulario****.*

De igual modo, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 "Por la cual se reglamente parcialmente la Ley 100 de 1993", contempla:

> *"(...)* ***No se considerará válida la vinculación*** *a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.*
>
> *Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda pre impresa en este sentido." (Negrilla fuera de texto original)*

Y el último inciso del artículo 33 de la referida ley, previó:

> *"Tratándose de la selección de régimen y vinculación a una determinada administradora, dicha vinculación solo se hará efectiva una vez se haya recibido la firma del afiliado y se haya verificado el cumplimiento de los demás requisitos a que haya lugar."*

De lo anterior, se infiere, sin lugar a divagaciones, que al anularse el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual, ésta no se hizo efectiva, y por lo tanto, el empleador no trasladó las sumas por concepto de aportes a DAVIVIR S.A.

La primera obligación que se deriva de la afiliación, es el pago por parte del empleador de las cotizaciones a la entidad administradora del régimen. Sin embargo, según obra a folio 23, la Contraloría Municipal de Tunja continúo cotizando al Fondo Territorial de Pensiones, incluso hasta la fecha de retiro de la servidora pública, sin que se encuentre probado que ***Davivir S.A.*** *o* ***Protección S.A.****, adelantara alguna* ***acción de cobro*** *con motivo de la falta de pago de las cotizaciones según lo prevé*

los artículos 24[54] y 57[55] de la Ley 100 de 1993, o por lo menos elevara un requerimiento al empleador que permitiera elaborar la liquidación del crédito que prestara mérito ejecutivo[56] y así, recuperar las sumas adeudadas.

Ello indica la inexistencia de la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de crédito alguno a favor de Porvenir S.A.

Ahora bien, el 11 de diciembre de 2014, COLPENSIONES, sostuvo:

> *"Por otra parte, nos permitimos comunicarle que un vez verificada las bases de Datos de Colpensiones, con número de cédula suministrado por ustedes, la Señora Blanca Miryam González no se encuentra afiliada a la Administradora Colombia de Pensiones-COLPENSIONES." (fl. 56)*

El error en el formulario de afiliación no eliminaba la obligación de la Contraloría Municipal de Tunja de afiliar a la señora Blanca Miryan González Bautista a alguna de las administradoras del Sistema General de Pensiones.

Comoquiera que el cumplimiento de esta obligación redunda en la satisfacción del derecho a la seguridad social, el artículo 25 del Decreto 692 del 1994 contempló que aun si el servidor público no manifestaba su voluntad de pertenecer a algún régimen, el empleador tenía la obligación de trasladar las cotizaciones a una administradora de la Ley 100 de 1993

Ante la omisión del empleador, una lectura sistemática de las normas de seguridad social, permiten concluir que ***COLPENSIONES*** *es la entidad a la que deben ser traslados los dineros correspondientes al cálculo actuarial.*

---

[54] *Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo*

[55] *De conformidad con el artículo 79 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la Ley 6a. de 1.992, las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos.*

[56] *Decreto 2633 de 1994. Inciso segundo del artículo 5º:*
"Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993."

Según los artículos 52 de la Ley 100 de 1993 y 34 del Decreto 692 de 1994, la administración del régimen solidario de prima media con prestación definida fue asignada al Instituto de Seguros Sociales, y ***de forma excepcional a las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, pero sólo mientras subsistieran****.*

De ahí que, el Decreto N° 360 de 1995 "Por el cual se adopta el Sistema General de Pensiones para los Servidores Públicos del Nivel Municipal" expedido por el Alcalde Mayor de Tunja en el artículo quinto, dispusiera que los servidores públicos del orden municipal que eligieran el ***régimen solidario de prima media con prestación definida y que se encontraran afiliados a la Caja de Previsión Social Municipal****, podían continuar afiliados a esa entidad hasta el* ***31 de diciembre de 1995*** *sin que fuera necesario el diligenciamiento de formulario alguno (fl. 133).*

A pesar que la adopción del Sistema General de Pensiones en el ente territorial ocurrió el 30 de junio de 1995, la demandante continuó afiliada a la Caja de Previsión Social hasta el 31 de diciembre de 1995 (fl. 23). De suerte, que a la fecha de liquidación de esa entidad[57], las cotizaciones de la demandante, debían trasladarse al Instituto de Seguros Sociales, máxime cuando de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encontraba en el régimen de transición por contar con más de treinta y cinco (35) años a la fecha de entrada en vigencia del Sistema en el Municipio[58].

En efecto, el artículo 6° del Decreto 813 de 1994, previó que al Instituto de Seguros Sociales le correspondía el reconocimiento y pago de la pensión en el ***régimen de transición*** *de los servidores públicos* ***cuando se ordenara la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público****:*

> *"ARTICULO 6. TRANSICIÓN DE LAS PENSIONES DE VEJEZ O JUBILACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas.*
>
> *a)Cuando a 1 de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de*

[57] *Según el artículo Decreto N° 361 de junio 27 de 1995, la Caja de Previsión Municipal debía concluir su liquidación en el área relativa al reconocimiento y pago de pensiones a más tardar el 31 de marzo de 1996 (fl. 135)*
[58] *En el año 1995, la señora Blanca Miryam González Bautista contaba con 38 años de edad (Fl. 54)*

la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales ii) ***Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el funcionario público.***

iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público, con anterioridad al 1 de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida.

b) ***Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales*** *voluntariamente o* ***por liquidación de la caja , fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el gobierno nacional.***" *(Resaltado fuera de texto original)*

La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto negativo de competencias administrativas y discutir sobre cuál era la entidad que debía atender la solicitud pensional de un empleado territorial que laboró entre 1969 y 1990, y cuyas últimas cotizaciones fueron realizadas a la Caja de Previsión Municipal que fue liquidada por insolvencia, expuso:

"(...) Por ello, como lo señala la segunda parte de la norma transcrita, el ISS adquirió la competencia para pensionar a los afiliados de las cajas y fondos de previsión respecto de las cuales se ordenara su liquidación (literal a-ii), evento en el cual surge el derecho a obtener un bono pensional en los términos en que se haya fijado por el Gobierno Nacional.

Nótese que esta responsabilidad que se le entregó al ISS (reconocer las pensiones de afiliados a cajas o fondos liquidados) no quedó atada a periodos previos de cotización o al traslado de aportes, sino que quedó establecida de manera directa como parte de la transformación legal del sistema que buscaba un solo administrador del régimen de prima media y la lenta extinción de otro tipo de fondos públicos que habían venido cumpliendo esa labor. Lo anterior claro está, sin perjuicio de la posibilidad del ISS de exigir la expedición del correspondiente bono pensional para financiar el pago de las pensiones que pasan a estar a su cargo. *En este sentido, el Decreto Reglamentario 1068 de 1995 que más adelante se revisa obliga a las cajas o fondos de pensiones liquidadas a entregar a los fondos de pensiones territoriales la historia laboral de los antiguos afiliados para garantizar la expedición de los respectivos bonos pensionales:*

"Artículo 26°.- Historias laborales. Las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial declaradas insolventes, y las entidades territoriales que tengan a su cargo el reconocimiento y pago de

pensiones, deberán disponer de la información correspondiente a la historia laboral actualizada de sus afiliados o vinculados a más tardar en la fecha de sustitución, para efectos de la emisión de los bonos pensionales."
(...)

Respecto de los demás afiliados a las cajas o fondos liquidados (aquellos cuyas pensiones no estaban reconocidas y por tanto no asumía el fondo territorial) se dispuso su traslado al ISS en la medida que escogieran el régimen de prima media con prestación definida:

"Artículo 11º.- Transición de las pensiones. Los afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión sustituidas por los Fondos de Pensiones Territoriales serán trasladados al Instituto de Seguros Sociales, en caso de que seleccionen el Régimen de Prima Media con prestación Definida. Al ISS le corresponderá el reconocimiento y pago de la pensión, una vez le sea entregado el respectivo bono pensional."

En síntesis, salvo que el fondo de pensiones territoriales hubiera recibido en el acto de creación la competencia expresa de reconocer directamente pensiones de antiguos afiliados a las cajas o fondos que sustituyen, no se habría variado hasta aquí la regla establecida en el artículo 6º del Decreto 813 de 1994 antes citado (supra 2.3), respecto a la competencia del ISS para el reconocimiento de las pensiones de los afiliados a las cajas, fondos o entidades de previsión liquidadas.

3.5 Posteriormente, el Decreto 1068 de 1995 -reglamentario del Decreto Extraordinario 1296 de 1994 previamente analizado- reitera que el Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del orden departamental, distrital y municipal entraría a regir el 30 de junio de 1995, salvo que la entrada en vigencia del sistema no hubiera sido decretada con anterioridad por el respectivo Gobernador o Alcalde; también señala que los servidores públicos territoriales debían seleccionar entre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a cargo de los fondos privados de pensione .

Además el mismo decreto aclara que (i) los servidores públicos territoriales afiliados al ISS podían continuar vinculados a él sin necesidad de diligenciar formatos adicionales; (ii) los servidores públicos territoriales afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial declarada solvente, podrían continuar vinculados a dicha institución mientras no se ordenara su liquidación y (iii) ***los servidores públicos territoriales afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial declarada insolvente (que es el caso bajo examen) podían continuar vinculados a dicha institución pero solo hasta la fecha prevista para el respectivo corte de cuenta .***

Por tanto, los afiliados no pensionados de cajas insolventes tenían una fecha límite de vinculación con tales cajas, luego de lo cual, según lo visto, entraban a operar las competencias del ISS como administrador general del sistema de prima media con prestación definida.

(...)
En concordancia el mismo Decreto Municipal 189 de 1995 señaló como fecha de corte para la extinción de la Caja de Previsión Municipal de Sincelejo el 31 de diciembre de 1995 (artículo 4) y dispuso que los antiguos afiliados se trasladarían al ISS si escogían el régimen de prima media con prestación definida (artículo 8).

> *Ahora bien, como se indicó anteriormente, de conformidad con los artículos 52 de la Ley 100 de 1993 y 34 del Decreto 692 de 1994,* ***la administración del régimen solidario de prima media con prestación definida fue asignada al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones)*** *y excepcionalmente a las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, pero sólo mientras estas últimas subsistieran.*
>
> *A su vez, el artículo 6º del Decreto 813 de 1994 establece que al ISS le corresponde el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos que se hubieren trasladado voluntariamente a esa entidad y también "ii) cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el funcionario público". En concordancia con lo anterior, el Decreto 1068 de 1995 señaló que los servidores públicos afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión social del sector público del nivel territorial declarada insolvente sólo podrían continuar vinculados a dicha Institución hasta la fecha de corte de cuentas.*
>
> *Por su parte, el Decreto Extraordinario 1296 de 1995 previó la creación de los Fondos de Pensiones Territoriales para sustituir a las cajas o fondos territoriales insolventes en "el pago" de las pensiones que estaban a su cargo; dicho decreto solamente previó que tales fondos reconocieran nuevas prestaciones cuando así se hubiera dispuesto expresamente en el acto de su creación, que como se acaba de ver no es el caso del Fondo de Pensiones Territoriales de Sincelejo.*
>
> ***Por tanto, como quiera que se trata de un afiliado de una caja de previsión social liquidada y que no se previó (por el contrario se prohibió) que el Fondo de Pensiones Territorial reconociera nuevas pensiones, le corresponde al ISS (hoy Colpensiones) estudiar de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión del señor Jorge Eliecer Bettin Añez y hacer los trámites que correspondan para obtener el correspondiente bono pensional si a eso hubiera lugar.***"[59]

Esta línea de pensamiento, fue reiterada por la misma Sala al decidir un conflicto de competencias administrativas el 15 de noviembre de 2016, con ponencia del Consejero Edgar González López en el radicado bajo el Nº 11001-03-06-000-2016-00103-00(C) promovido por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

Entonces, cuando el reconocimiento de la pensión de vejez se presenta por un afiliado a una Caja de Previsión Social liquidada, le competía al Instituto de Seguros Sociales como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, resolver de fondo la petición, y si era procedente, acceder a la misma y adelantar los trámites para la expedición del bono pensional.

---

[59] *2 de junio de 2015 C.P. William Zambrano Cetina. Actor: Jorge Eliecer Bettin Añez. Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00037-00(C)*

Ahora bien, el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, creó la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y ordenó "la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere."

Y, de acuerdo con el Decreto 2011 de 2012, a partir del ***28 de septiembre de 2012*** *COLPENSIONES inició operaciones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*

De todo lo expuesto se concluye que el cálculo actuarial deberá ser trasladado por el Fondo Territorial de Pensiones a ***COLPENSIONES.*** *Este traslado se realizará a través de un bono pensional.*

Comoquiera que los bonos pensionales constituyen los recursos destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones, se le ha asignado la carga de adelantar ***el trámite de su expedición a la entidad que debe reconocer la prestación social****, en el sentido de consolidar toda la información disponible de la historia laboral del beneficiario y remitirla al emisor, quien cuenta con términos legales perentorios para expedir el título*[60]*.*

El Consejo de Estado, ha considerado que la demora injustificada en este trámite constituye una carga desproporcionada que no debe asumir el afiliado y que además, conduce al desconocimiento de su derecho al mínimo vital y la seguridad social[61]*.*

El artículo 52 del Decreto 1748 de 1995 "Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la

---

[60] *Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. CP. Dr. William Zambrano Cetina. 17 de septiembre de 2015. Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00051-00(C)Actor: ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA*

[61] *Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C.P. Dra. ROCÍO ARAÚJO OÑATE. Sentencia de 26 de mayo de 2016. Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00393-01(AC). Actor: LEONEL MÉNDEZ CASTRILLÓN. Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y OTROS*

Ley 100 de 1993", prevé la forma como se realiza el trámite de bonos pensionales, norma aplicable a este caso[62].

---

[62] *"ARTICULO 52. LIQUIDACION PROVISIONAL Y EMISION DE BONOS. (...).*

<Inciso modificado por el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la administradora reciba una solicitud de trámite de bono procederá así:

<Inciso modificado por el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Establecerá dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes la historia laboral del afiliado con base en los archivos que posea y la información que le haya sido suministrada por el afiliado. Dentro del mismo plazo, solicitará a quienes hayan sido empleadores del afiliado, o a las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que hubiere cotizado, que confirmen, modifiquen o nieguen toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48 en relación con la OBP.

<Inciso modificado por el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador, caja, fondo o entidad que deba dar certificación, requerido por una administradora para que confirme información laboral que se le envíe, deberá responder en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha en que reciba el requerimiento, los cuales podrán ser prorrogados por el mismo término por la administradora cuando haya una solicitud debidamente justificada. ***Si la requerida es una entidad pública, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6o. del Código Contencioso Administrativo. Si se trata de servidores públicos, el incumplimiento de este plazo será sancionado disciplinariamente del acuerdo con la Ley 200 de 1995.***

<Inciso modificado por el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Una vez concluido el procedimiento anterior, la administradora dará traslado de la información al emisor para que dé inicio al proceso de liquidación provisional del bono, en la forma que se prevé más adelante.

Para la liquidación y emisión del bono sólo se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o por el contribuyente, si es diferente, o aquella certificada que no haya sido negada por alguno de estos dos, dentro del plazo señalado en el inciso anterior. Para efectos del cómputo del plazo, será necesario que la respuesta llegue dentro del mismo.

Es certificada la información que la entidad administradora reporte como tal, con base en los documentos que acrediten debidamente tal hecho, los cuales se comprometerá a mantener a disposición del emisor, para que éste los pueda verificar o solicitar copia en cualquier momento. En el caso de los archivos masivos, para que los mismos se consideren certificados será necesario además de la manifestación en tal sentido del representante legal de la entidad, que se produzcan dos copias idénticas, una de las cuales será entregada a la Oficina de Obligaciones Pensionales y la otra se entregará en custodia a una entidad diferente que designe para ello el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Oficina de Obligaciones Pensionales verificará que las dos copias sean idénticas. Adicionalmente, se tendrá en cuenta que la certificación individual de un empleador no afiliado al ISS prima sobre su Archivo Laboral Masivo; la certificación individual del ISS prima sobre su Archivo Laboral Masivo; la certificación de un empleador afiliado al ISS, sólo prevalece sobre el Archivo Laboral Masivo del ISS en el caso previsto en el numeral 1o del artículo 28 del Decreto 1748 de 1995.

<Inciso modificado por el artículo 6 del Decreto 510 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> "El emisor producirá una liquidación provisional del bono y la hará conocer de la administradora, a más tardar noventa (90) días después de la fecha en que, habiendo recibido la primera solicitud, tenga confirmada o no objetada por el empleador y las entidades que deban asumir las cuotas partes, la información laboral certificada correspondiente.

PARÁGRAFO. Los bonos que vayan a financiar pensiones de personas que hubieren cumplido la totalidad de los requisitos en vigencia de la ley anterior, o que se hayan causado por muerte o invalidez en vigencia de la misma ley, deberán emitirse con base en las normas vigentes sobre bonos pensionales al momento que se hubiere causado la prestación correspondiente."

Una vez producida la liquidación provisional, la entidad administradora la hará conocer al beneficiario, con la información laboral sobre la cual ésta se basó. La liquidación se dará a conocer al

En atención a que en el sub lite, la demandante perdió la capacidad laboral en un setenta por ciento (70%) (fl. 68 a 72), los términos previstos para el anterior trámite se reducirán a la mitad, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, así:

- ✓ *En el término máximo de* ***quince (15) días*** *la Contraloría Municipal de Tunja como empleadora, expedirá el certificado de información laboral teniendo en cuenta que la señora Miryan González Bautista prestó sus servicios entre el* ***catorce (14) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981)*** *y el* ***nueve (9) de julio de dos mil uno (2001)****.*

---

beneficiario a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que la entidad administradora reciba dicha liquidación, y en el caso del bono tipo A se podrá acompañar al extracto trimestral.

A partir de la primera liquidación provisional, el emisor atenderá cualquier solicitud de reliquidación que le sea presentada, con base en hechos nuevos que le hayan sido confirmados directamente por el empleador o por el contribuyente o que le sean certificados por los mismos y no sean objetados en el término previsto para el efecto en el presente artículo, para lo cual se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en los incisos anteriores. En ningún caso la liquidación provisional constituirá una situación jurídica concreta.

Una vez que la información laboral esté confirmada o haya sido certificada y no objetada en los términos previstos en este artículo, los bonos se expedirán dentro del mes siguiente a la fecha en que el beneficiario manifieste por escrito por intermedio de la administradora, su aceptación del valor de la liquidación, siempre que:

a) El afiliado al ISS le presente solicitud de pensión de vejez o de indemnización sustitutiva;

b) Se cause la devolución de saldos al beneficiario de un bono tipo A;

c) El afiliado a una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad solicite su emisión.

PARÁGRAFO 1o. El emisor tendrá la posibilidad en cualquier momento, mientras el bono no haya sido expedido, de revisar la información laboral utilizada y reliquidar de oficio, de lo cual se dejará constancia en la liquidación. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto 1748 de 1995.

PARÁGRAFO 2o. Cuando se trate de emitir bonos de personas que hayan fallecido o hayan ***sido declaradas inválidas, los términos previstos en este artículo se reducirán a la mitad, en todo caso, la entidad administradora deberá hacerle conocer la liquidación provisional al beneficiario dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que se recibe y el bono se emitirá dentro de los quince (15) días siguientes a la manifestación del beneficiario de aceptación de la liquidación en las condiciones previstas en este artículo.***

PARÁGRAFO 3o. ***En el caso de bonos tipo B, corresponderá al ISS aceptar la liquidación provisional del bono, sin que sea necesario que se le comunique el valor del mismo al afiliado.***

PARÁGRAFO transitorio. Salvo que se trate de bonos que deban ser pagados en el mismo momento de su emisión, y sin perjuicio de lo previsto en otras disposiciones legales, en los demás casos el plazo de emisión a que se refiere el inciso 10 del presente artículo se prorrogará, si se venciere antes, hasta el 30 de junio de 1997." (Resaltado fuera de texto original)

- ✓ *Una vez expedido este certificado, de forma inmediata, la Contraloría Municipal de Tunja, lo remitirá al Fondo Territorial de Pensiones.*
- ✓ *El Fondo Territorial de Pensiones realizará la liquidación provisional del bono en el término de* ***cuarenta y cinco (45) días*** *contados a partir de la fecha en que recibió el certificado de la Contraloría Municipal de Tunja.*
- ✓ *De forma inmediata, el Fondo Territorial de Pensiones remitirá la liquidación provisional del bono a COLPENSIONES.*
- ✓ *Si se trata de un bono Tipo B, COLPENSIONES, deberá decidir si acepta la liquidación provisional del bono dentro de los* ***quince (15) días siguientes a la fecha en que la recibió.***
- ✓ *El Fondo Territorial de Pensiones, emitirá el bono dentro de los* ***quince (15) días siguientes*** *a la fecha en que COLPENSIONES acepte la liquidación.*

En consecuencia, el Fondo Territorial de Pensiones tendrá un término máximo de noventa (90) días para la ***emisión del bono pensional.***

2.4.4. Del reconocimiento pensional

Contempla la última parte del artículo 11 del Decreto 1296 de 1994, que al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, le corresponderá el reconocimiento y pago de la pensión, una vez le sea entregado el respectivo bono pensional.

A su vez, el artículo 7º del Decreto 510 de 2003 dispuso:

> *"**Artículo 7°.** Para los efectos del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, la obligación de los fondos encargados de reconocer la pensión, dentro del término legal establecido, procederá una vez se presente la solicitud de reconocimiento junto con la documentación requerida para acreditar el derecho, a través de la cual se prueben los presupuestas de hecho y de derecho de la norma que confiere la respectiva prestación de vejez, de invalidez o de sobrevivientes.*
>
> ***Cuando la pensión se financie a través de bono pensional o cuota parte de bono pensional no se requiere que estos hayan sido expedidos, pero será necesario que el bono pensional o cuota parte de bono pensional hayan sido emitidos conforme a lo señalado por el artículo 1° del Decreto 1513 de 1998.**" (Resaltado fuera de texto original)*

El artículo 1° del Decreto 1513 de 1998, define la ***emisión del bono*** *como el momento en que se confirma o certifica la información contenida en la liquidación provisional en el caso de emisores privados, o el momento en que queda en firme el acto* ***administrativo que reconoce el derecho al bono pensional, en caso de***

***<u>emisores públicos</u>**. Mientas que, por **expedición del bono** se entiende el momento de la suscripción del título físico o del ingreso de la información al depósito central de valores.*

*El último inciso del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, contempla que las entidades administradoras de los regímenes pensionales[63], para el reconocimiento pensional **<u>no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte</u>.***

Asimismo, el artículo 13 del Decreto 1474 de 1997, contempló:

> *"**Artículo 13.** Reconocimiento y pago de prestaciones a servidores y exservidores públicos con derecho a bono tipo B. El artículo 44 del Decreto 1748 de 1995, quedará así:*
>
> *De conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 1748 de 1995, el ISS reconocerá y pagará la pensión de aquellos servidores o exservidores públicos del nivel territorial afiliados al ISS a partir del 1º de abril de 1994, **una vez sea emitido el respectivo bono pensional a que tengan derecho por parte de la caja, fondo o entidad del sector pública del nivel territorial.***
>
> *Lo dispuesto en el inciso anterior, es sin perjuicio de que el ISS pueda comenzar a pagar la pensión que corresponda a dichos afiliados, tomando en cuenta únicamente las cotizaciones efectuadas al ISS, procediendo la reliquidación de la pensión, en los términos del artículo 11 del presente decreto, cuando se emita el bono pensional, que obligatoriamente debe expedir y pagar la entidad correspondiente, dentro de los plazos previstos para este efecto.*
>
> *En el evento en que se cause la pensión de un servidor público del nivel territorial y el emisor no haya expedido el bono pensional, dentro de los plazos previstos para ello, el Instituto de Seguros Sociales continuará pagando la pensión a que se refiere el inciso anterior o en caso en que dicha pensión no pueda ser reconocida, trasladará el valor actualizado de las cotizaciones de pensión de vejez con el rendimiento efectivo de las reservas de dicho instituto, representadas en las inversiones de que trata el artículo 54 de la Ley 100 de 1993, obtenido por el período de cotización, a partir del 1º de abril de 1994, el cual será informado por la Superintendencia Bancaria a la entidad responsable de emitir el bono. Igualmente, el ISS comunicará a la entidad que debía emitir el bono el período y el salario base de cotización. Corresponderá a esta entidad el reconocimiento y pago de la prestación al servidor o ex servidor público, en el plazo previsto por la ley. Lo anterior sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que haya lugar.*
>
> *(...)*

---

[63] *Si bien, la norma emplea la palabra "fondos", mediante sentencia C-1024 de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil consideró que "una [illegible] Seguro Social.*

> *A los trabajadores cobijados por el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentarios, el Instituto de Seguros Sociales les liquidará, reconocerá y pagará su pensión, respetando la edad, tiempo de servicios y monto porcentual que se tomaron para el cálculo del bono. El ingreso base de liquidación se establecerá de acuerdo con el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *Las pensiones establecidas por una norma de inferior categoría a una ley, serán reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales como pensiones compartidas de conformidad con la ley y los reglamentos de ese instituto a este respecto y, por lo tanto, el mayor valor de la pensión derivado de ordenanza, acuerdo, pacto, convención, laudo o cualquier otra forma de acto o determinación administrativa, estará a cargo del empleador." (Resaltado fuera de texto original)*

Del recuento legislativo, se colige que para el reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES en los casos como el que convoca el presente estudio, es necesario que la última entidad pagadora de pensiones a la que haya pertenecido la servidora pública, esto es, el Fondo Territorial de Pensiones, debe ***emitir el bono pensional,*** *sin que la entidad administradora –COLPENSIONES- pueda* ***excusar la falta de expedición del bono para su reconocimiento.***

Ahora bien, para determinar si es procedente acceder a la pretensión de reconocimiento pensional, se acudirá al principio in dubio pro operario que obliga al Juez a optar por la interpretación de la ley de seguridad social que resulte más beneficiosa para el extremo débil de la relación jurídica, que en este caso es la señora Blanca Miryan quien, ***por un error imputable al Estado, quedó desprotegida y no ha podido obtener una respuesta de fondo a su solicitud pensional.***

Lo anterior en consideración del artículo 57 de la Constitución Política, que establece como principio mínimo fundamental la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuetes formales de derecho".

En relación con este principio constitucional, ha de tenerse en cuenta que cuando existe una duda interpretativa en la resolución de un caso, que permita contar con dos alternativas de solución, se ha de preferir la que resulte más favorable a los intereses de la parte más débil de la relación procesal, frente a la restrictiva o desfavorable para ese sujeto procesal. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-128 de 2015, sostuvo:

"2.6. La condición más beneficiosa y el principio de favorabilidad

2.6.1. El principio de la condición más beneficiosa nace del artículo 53 de la Constitucional Política, cuyo inciso final prescribe: "La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, ***no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores"****. (Negrilla fuera del texto).*

2.6.2. En la sentencia C-168 de 1995, la Corte precisó sobre este principio lo siguiente:

> *"La 'condición más beneficiosa' para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar* ***en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla****. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica* ***se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador****. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad,* ***ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador****."*

En cuanto a la consagración legal del principio de favorabilidad, la precitada sentencia afirmó:

> *"El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: '****En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador****. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad'; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del 'in dubio pro operario', según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador."*

Respecto de su aplicación en asuntos pensionales, la misma providencia explicó:

> *"En punto a la aplicación del* ***principio de favorabilidad en materia de régimen pensional****, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál*

resulta más favorable a determinado trabajador." (Negrilla y subraya fuera del texto original)[64].

Conforme a lo antedicho corresponde al funcionario judicial que tenga bajo su conocimiento la situación particular, aplicar la norma o preceptos que resuelvan de manera más beneficiosa la situación jurídica de cada caso concreto, observando que en caso que se encuentren en pugna normas o preceptos, habrá de preferirse la más favorable.

Además, la interpretación de las normas sobre seguridad social, debe fundarse en principios de justicia material y equidad, pues como lo ha considerado el Consejo de Estado, no todos los casos pueden solucionarse con el cumplimiento textual de los requisitos, sino que exigen la articulación con principios del Estado Social de Derecho con el objeto de garantizar la vigencia de los derechos de los sujetos de especial protección como las personas de la tercera edad:

> *"Como se evidencia de lo anterior, atrás quedó el paradigma positivista que se traduce en el planteamiento de Montesquieu, que asigna al juez un lugar estrechamente subordinado, predicando que los juicios no deben ser más que "un texto preciso de la ley" y que los jueces "no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza de la ley ni el rigor de ella". Hoy está claro que la juris-dictio no podría limitarse a la legis-dictio; la legalidad se articula con los derechos de los ciudadanos, pues el imperio de la ley a la que se somete el juez, según el artículo 230 Superior, es en la Constitución misma imperio de la ley y del derecho, como quiera que el concepto básico constitucional que finca toda la parte programática del mismo ordenamiento, es el Estado Social de Derecho y no simplemente el Estado de Derecho.*
>
> *El fin de la Constitución es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y por ello proclama valores superiores del ordenamiento jurídico; luego dentro de la dialéctica constitucional caben no sólo las leyes formales, sino todos los valores constitucionales y los principios.*
>
> *No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que se hace es dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución".*[65] [66]

---

[64] *CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-128 de 26 de marzo de 2015. MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.*
[65] *Expediente No. 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05), actor: Lucrecia Pinzón Neira. M.P. Ana Margarita Olaya.*
[66] *Texto citado por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Consejero doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 17 de febrero de 2015. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00133-01(0274-14). Actor: MARIA GLADYS TORO DE RAMIREZ- Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL*

Si bien, en este caso no fue demandado acto administrativo alguno expedido por COLPENSIONES relacionado con el reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante, ni tampoco fue incluido en la fijación del litigio, lo cierto es que la Contraloría Municipal de Tunja había remitido por competencia a COLPENSIONES una solicitud de reconocimiento pensional formulada por la Señora Blanca Miryan González Bautista, entidad que respondió que verificada la base de datos, la mencionada no se encontraba afiliada (fl. 56). En efecto, esta decisión en el fondo, ***contiene una negativa del reconocimiento pensional por falta de afiliación*** *respecto de la cual, resulta imprescindible estudiar la legalidad.*

No desconoce la Sala que en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo opera el principio de justicia rogada. Para el caso de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, está contemplado en el artículo 163 del CPACA, norma que en su tenor literal prevé:

> *"Artículo 163. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo éste debe individualizarse con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la Administración se entenderán demandados los actos que los resolvieran.*
>
> *Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberá enunciarse clara y separadamente en la demanda."*

La norma en comento, crea una carga al demandante consistente en que, cuando se demande la legalidad de un acto administrativo, ***éste debe identificarlo con toda precisión.***

No obstante, cuando se encuentren involucrados derechos de raigambre constitucional, el juez debe hacer una lectura integral de los cargos propuestos, para desentrañar el querer del demandante, así como la protección judicial solicitada, sin desconocer ni exceder los ejes centrales de la misma. Así por ejemplo, la Sección Tercera en reciente jurisprudencia, al resolver un asunto de su conocimiento señaló:

> *"(...) De modo que lo que se espera del juez es que su trabajo interpretativo vaya más allá de las* ***simples formas en las actuaciones de los sujetos procesales****, sin desconocerlas o pretermitirlas, en tanto son impuestas por el legislador, sino* ***reconociendo su existencia a través de un trabajo interpretativo que permita entenderlas satisfechas, que no satisfacerlas, de tal modo que resguarde las garantías de todos los sujetos procesales, en atención al espíritu de la causa petendi propuesta.***
>
> ***En tal sentido, esta Subsección recordó (i) la obligación del juez de privilegiar las garantías constitucionales al momento de interpretar la demanda, (ii)***

incluso cuando se cuestionen actos administrativos, (iii) pero sin perder de vista que esa facultad debe ser razonable y proporcionada, es decir, no puede convertirse en una forma de suplir las falencias de la demanda. Efectivamente, en ese asunto se dijo[67]:

19. Ahora bien, el juez de lo contencioso administrativo cuenta con la facultad de ***interpretar la demanda****, entendiendo que el ejercicio de sus funciones debe observar el derecho de acceso a la administración de justicia, y regirse por el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades. Al respecto, la Sala se ha pronunciado de este modo[68]:*

(...)

19.1. Esta facultad tiene aplicación en todas las controversias que se ventilen ante el juez de lo contencioso administrativo, inclusive en aquellas donde se debate la legalidad de actos administrativos. Como lo ha señalado esta Corporación, la exigencia formal de señalar "con toda precisión" los actos demandados no puede obviar el deber del juez de interpretar integralmente el texto de la demanda. Así, en asuntos puntuales, ha señalado:

"En ese orden de ideas, es oportuno traer a colación que dentro del propósito de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, el juzgador está llamado a interpretar y analizar el texto completo de la demanda presentada, a fin de establecer si se reúnen o no los presupuestos exigidos por la ley procesal para la viabilidad de la acción ejercida. Por lo anterior, la Sala considera que en el presente caso no se configura la ineptitud de la demanda por falta ***del presupuesto procesal ya señalado, es decir, por no haberse indicado de manera expresa cuáles son los actos cuya nulidad parcial se pretende, pues su identificación se hace posible sin mayor dificultad, después de revisar ese escrito en forma sistemática[69]****".*

19.2. No obstante, la Sala también ha sostenido que "la facultad que tiene el juez de interpretar la demanda, no constituye un instrumento que pueda, (...) convertirse en el mecanismo idóneo para suplir las falencias de que adolece la misma, como quiera que el demandante, al momento de su presentación, debe señalar e individualizar no solo los hechos, sino las pretensiones -según lo dispuesto en los artículos 136 y siguientes del

---

[67] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, exp. 34.097, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esa oportunidad, la sentencia de primera instancia se inhibió para fallar de fondo el asunto sometido a consideración, sobre la base de que la actora no refirió la nulidad del acto administrativo en torno al cual giraba la cuestión dentro del acápite destinado a las pretensiones. La Sala consideró que de la interpretación de la demanda se desprendía lo contrario y que "si bien la demanda presentada por CAPRECOM no es una pieza procesal técnicamente impecable, tampoco es posible calificarla como un texto absolutamente imposible o ilógico, única hipótesis que permite un pronunciamiento inhibitorio".

[68] Cita original: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección "B". Sentencia del 9 de octubre de 2014. Rad. 25000232600020010183901. Exp. 31497. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

[69] Cita original: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de mayo de 2009. Rad. 05001-23-31-000-2005-03509-01. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

> *Código Contencioso Administrativo-, que aspira le sean reconocidas en el trámite del respectivo proceso judicial"*[70]*. Se trata, pues, de una medida cuya aplicación está sujeta a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, dependiendo del asunto objeto de estudio.*
>
> *En línea con lo expuesto, la Sala procederá al análisis de la demanda.*
>
> ***De entrada se concluye que si bien se omitió demandar expresamente la nulidad de la resolución n.° 0752 del 22 de diciembre de 1997, lo cierto es que de la primera pretensión no cabe duda de que la declaratoria de responsabilidad que se persigue en contra de la demandada se fundamenta en la ilegalidad de ese acto administrativo.*** *Los hechos también dan cuenta de esa intención, así como los fundamentos de derecho. Incluso, de la demanda es claro que la falta de motivación y la desviación de poder fueron los cargos planteados frente a la presunción de legalidad y veracidad de la terminación unilateral. Incluso, la demandada así lo entendió en tanto centró su defensa en la legalidad del acto administrativo demandado."*[71] *(Resaltado fuera de texto original)*

La Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia proferida el 1° de septiembre de 2014, en el proceso radicado bajo el N° 25000-23-25-000-2012-01532-01(2998-13) promovido por Oswaldo Winston Vega Malagón contra el Instituto de Seguros Sociales, dilucidó:

> *"Resumidamente, la aplicación del principio iura novit curia debe respetar el principio de la congruencia de la sentencia y con ello el marco de la relación procesal en cuanto a las personas, objeto y causa, de tal modo que la sentencia no condene a persona distinta; tampoco recaiga sobre cosa dispar, ni invoque una nueva 'causa petendi'; además debe atender las pretensiones de la demanda y aquellos aspectos contenidos implícitamente en ellas.*
>
> *Pero en qué casos se debe aplicar el mencionado principio sin que se desnaturalice el carácter rogado de la jurisdicción?*
>
> *(...)*
>
> *La providencia que se cita refiere la protección de derechos de personas de la tercera edad, que valga señalar, llevan consigo la protección de derechos sustanciales tales como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal -artículos 29, 228 y 229 de la C.P.-, a quienes imponerle la carga de volver a presentar la demanda para acceder a la reliquidación pensional, constituye un desacierto que no se ajusta a los principios que rigen el Estado Social de Derecho.*

[70] *Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de febrero de 2010, Rad. 11001-03-26-000-2009-00108-00(37513), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.*

[71] *Sección Tercera, Subsección "B", Sentencia el 3 de agosto de 2017 con ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero, en el proceso radicado bajo el N° 15001-23-31-000-1998-00609-01(37932) promovido por Héctor Pita Torres contra la Industria Licorera de Boyacá.*

> ***En este sentido, la Corte Constitucional ha aclarado, que en los casos en los que el solicitante o afectado sea una persona de la tercera edad, implica por sí misma, el incremento de la vulnerabilidad del individuo[72], frente a quienes las autoridades deben obrar, dadas sus condiciones de debilidad manifiesta, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protectivo, de tal forma que se materialice la intención del constituyente y se busque garantizar el goce de sus derechos constitucionales fundamentales.[73]*** *" (Resaltado fuera de texto original).*

En esos términos, ha de entenderse que el principio de la jurisdicción rogada debe ceder frente a la realización de otros derechos que resultan más relevantes para la consecución de la materialización de la justicia.

En armonía con lo anterior, debe la Sala concluir que cuando existan situaciones particulares que al estudiar cada caso concreto implique que deban prevalecer esos componentes sobre las formas propias de los juicios de nulidad y restablecimiento del derecho, debe el Juez estudiar las circunstancias que lo rodean, con el fin de encajar la decisión judicial con el Sistema de Valores y Principios Constitucionales, que implique la consecución del ideario de Justicia Material, en esa medida es indispensable señalar cómo debe desarrollar su labor el Juez Administrativo, para ello se hará acopio de lo manifestado por el máximo guardián de la Constitución en la sentencia T-553 de 2012, en la cual se dijo:

> ***"El papel constitucional del juez contencioso administrativo en los procesos sometidos a su conocimiento y su relación con la justicia rogada[74].***
>
> *5. El papel del juez[75] en un Estado democrático de derecho ha cambiado*

---

[72] *En tal sentido la Corte dijo en la Sentencia T-668 de 2007, lo siguiente:*

> *"...en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad".*

[73] *Sentencia T-719 de 2003.*

[74] *La argumentación presentada en este acápite de la sentencia respecto de la justicia rogada se realiza teniendo como fuente normativa de estudio el Código Contencioso Administrativo el Decreto 01 de 1984, pues si bien el estatuto no se encuentra vigente, fue bajo esta norma que el Tribunal Administrativo del Bolívar revocó la sentencia que hoy se acusa de vulnerar derechos fundamentales en mayo de 2011.*

[75] *Este puede ser entendido como el conjunto de expectativas, valores y actitudes sobre las modalidades, cómo se comportan los jueces o se deben comportar. Marradi Alberto. Voz Sistema*

> *la forma de entender el principio de justicia rogada, debido a que el funcionario judicial se convierte en un sujeto privilegiado o, en el canal autorizado para garantizar la efectividad de los derechos consagrados constitucionalmente.*
>
> *De esta manera, la Constitución de 1991 encargó al juez ordinario la tarea de salvaguardar las garantías esenciales y de promover la primacía de la Carta Política. Así, en virtud del principio de justicia material la competencia del juez en un proceso no puede limitarse a lo alegado en la demanda. Éste cuenta con un rol activo dentro del trámite que lo identifica como el director del proceso, deber que se concreta en que el funcionario judicial actúe de forma diligente y eficiente. Por tal razón, su labor no puede ser paquidérmica, mecánica o concentrarse solo en la ley, sino que debe obedecer a una valoración integral y racional de los diferentes elementos que estén presentes al decidir un caso concreto, de modo que la decisión dictada goce de coherencia interna y externa*[76]. "

Según la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, a medida que se envejece, las personas deben seguir disfrutando de una vida plena, independiente así como autónoma, y al adulto mayor, debe garantizársele el derecho a percibir un ingreso para una vida digna a través de sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social, con mayor razón cuando se está ante una persona con protección especial adicional derivado de su estado de discapacidad laboral.

A pesar que no ha sido ratificada por Colombia[77]*, constituye un marco de referencia sobre las medidas necesarias para garantizar el derecho humano a vivir con dignidad en la vejez y en igualdad de condiciones con otros sectores de la población.*

En este caso, la señora Blanca Miryan González Bautista cuenta con ***60 años de edad***[78]*, es decir que de acuerdo con el artículo 3° de la Ley 1251 de 2008, es un* ***adulto mayor*** *que requiere de protección especial, máxime si se tiene en cuenta que sufrió un aneurisma cerebral*[79] *y* ***perdió su capacidad laboral en un porcentaje del setenta por ciento (70%)*** *según calificación de la Junta Regional de Invalidez de Boyacá que obra a folios 68 a 72 del expediente.*

A esta situación, se le suma que desde el año 2014 ha solicitado a diferentes entidades estatales el reconocimiento de su pensión de vejez o invalidez, sin tener

---

Judicial, en Norberto Bobbio, Nino Matteucci y Gianfranco Pasquino. Diccionario de política. Madrid. Edit. Siglo XXI 10ª ed. 1997. Pp. 1459.
[76] *Sentencia T-382 de 2010 .M.P. Jorge Iván Palacio Palacio*
[77] *http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp*
[78] *Folio 54*
[79] *Folio 69*

respuesta positiva ***debido a una omisión imputable a su empleador Contraloría Municipal de Tunja de afiliarla al régimen de Seguridad Social en Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.***

Las entidades involucradas en el reconocimiento pensional, no le proporcionaron una información clara sobre su situación jurídica que le permitiera acudir con certeza al competente, y determinar cuáles eran los actos administrativos vulneradores de sus derechos. Así, desde el año 2014 acudió al Municipio de Tunja, a la Contraloría Municipal de Tunja y a Colpensiones.

Por ello, la Sala considera que debe adoptar una medida de protección positiva y estudiar si la demandante cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, y proferir las órdenes correspondientes a cargo de COLPENSIONES.

Una decisión en este sentido respeta el principio de congruencia de la sentencia, así como el objeto y la causa de este proceso que se inició para el reconocimiento de una pensión de vejez o invalidez. En efecto, se proferirán decisiones según la causa petendi propuesta, pero atendiendo la situación de indefensión en que fue puesta la demandante por las entidades demandadas.

La complejidad que representa el caso, de ningún modo puede trasladarse a la parte actora, quien realizó los aportes durante toda la vida laboral, pero por una serie de yerros en que incurrió la Contraloría Municipal de Tunja y el Fondo Territorial de Pensiones, no ha podido gozar de forma plena de su derecho a la seguridad social.

2.4.4.1. Del régimen de transición

Contempla el artículo 2° del Decreto 813 de 1994 "Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993" que para formar parte del régimen de transición es necesario al 1° de abril de 1994, cumplir con alguno de los siguientes requisitos:

> *a)* ***Haber cumplido*** *40 o más años de edad si son hombres, o* ***35 o más años de edad si son mujeres.***
>
> *b) Haber cotizado o prestado servicios durante 15 o más años.*

En este caso, como la demandante nació el 6 de marzo de 1957[80]*, para la fecha que indica la norma, contaba con* ***37 años de edad.*** *Así entonces, tiene derecho a formar parte del régimen de transición y pensionarse de acuerdo con los requisitos contemplados en la Ley 33 de 1985.*

Ahora, el artículo 4º del Decreto 813 de 1994, contempló que el régimen de transición se perdería cuando se seleccionara el régimen de ahorro individual con solidaridad o cuando el afiliado se vincule a alguna empresa excluida de la aplicación del sistema general de pensiones.

Si bien, la demandante diligenció el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ***el proceso de vinculación no se hizo efectivo según quedó precisado en esta sentencia****. Entonces, esta circunstancia no afectó su derecho al régimen de transición.*

Finalmente, carece de sustento constitucional y legal, afirmar que por la falta de afiliación alguna de las administradoras de los regímenes creados en la Ley 100 de 1993, se pierda el derecho a pensionarse conforme a la legislación anterior. El artículo 4º del Decreto 813 de 1994 debe interpretarse de forma restrictiva y no puede incluirse en el mismo, situaciones que no contempla.

Precisamente, la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del doctor Alfonso Vargas Rincón, en sentencia proferida el 30 de junio de 2011 en el proceso radicado bajo el número 11001-03-25-000-2008-00043-00(1225-08) promovido por Norman Cañaveral Ospina contra el Instituto de Seguros Sociales expuso:

> *"Se concluye, en consecuencia, que los beneficios que comprende el régimen de transición se pierden cuando se ha presentado un traslado de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o cuando el trabajador se vincula a empresas excluidas de la aplicación del régimen del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *En las normas transcritas, no se encuentra como una causal de pérdida de los beneficios del régimen de transición, el hecho de que el empleador deba recurrir al mecanismo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, contrario a ello, el régimen se aplica* ***a todos*** *los trabajadores del sector privado, a los servidores públicos, trabajadores independientes y los afiliados del Instituto de Seguros Sociales.*
>
> *De acuerdo con lo anterior, el concepto demandado incorpora una causal de pérdida de los derechos que emanan del régimen de transición, que no está*

[80] *Folio 54*

establecida por la ley y un alcance al traslado del valor correspondiente al cálculo actuarial, que no contemplan las normas que regulan la materia.

En esas condiciones, asiste razón al actor al afirmar que sin competencia el ISS estableció una causal de pérdida del régimen de transición, pues ellas sólo pueden ser fijadas por el legislador como en efecto se hizo en la Ley 100 de 1993, sin incluir la que contiene el acto acusado." (Resaltada fuera de texto original)

Por lo expuesto, a continuación la Sala estudiará si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez según lo dispuesto en la Ley 33 de 1995.

2.4.4.2. De los requisitos para acceder al reconocimiento pensional.

.Conforme al artículo 1º de la Ley 33 de 1985 tendrá derecho al reconocimiento de una pensión equivalente al 75% del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, el servidor público que haya servido ***veinte (20) años continuos o discontinuos*** *y que llegue a la edad de* ***cincuenta y cinco (55) años.***

2.4.4.3. De la obligatoriedad de las sentencias de unificación.

La Ley 1437 de 2011, tiene como una de sus finalidades fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar ***procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa.***

Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de ***unificación jurisprudencial del Consejo de Estado*** *a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos.*

El artículo 270 del CPACA preceptúa:

"Para los efectos de este Código se tendrán como ***sentencias de unificación*** *jurisprudencial* ***las que profiera o haya proferido*** *el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social* ***o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia:*** *las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009." (Negrilla fuera de texto)*

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación previó:

"Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. *Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme*

> *a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, **deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**" -Resaltado fuera de texto. -*

*En efecto, si la función de unificar los criterios e interpretaciones del ordenamiento jurídico está **confiada a los órganos de cierre de las instancias en las distintas especialidades de la jurisdicción**, son estos criterios los que deben prevalecer ante las distintas interpretaciones de la ley que otros jueces de todo orden puedan tener en garantía de los bienes jurídicos prenombrados. De manera que el margen de interpretación normativa de las autoridades está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los altos Tribunales.*

2.4.4.4. De los factores salariales en el régimen de la Ley 33 de 1985 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010, expediente con Radicación No. 25000-2325-000-2006-7509-01, luego de examinar las distintas posiciones jurisprudenciales sostenidas por esa Corporación, se detuvo en señalar la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, el principio de progresividad que debe orientar las decisiones en materia de prestaciones sociales y el principio de favorabilidad que debe atenderse en la interpretación de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, concluyó que:

> *"...en consonancia con la normatividad vigente y las directrices trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación por sus servicios, **independientemente de la denominación que se les dé**, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, **entre otros**, sólo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio. Se exchuyen aquellas que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador puede verse enfrentado.*
>
> *Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación-, esto es a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efecto de liquidar pensiones y cesantías,*

> *como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*
>
> *No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como se expuso en las consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye* ***un referente normativo*** *que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir en el momento de efectuar el reconocimiento pensional." Resaltado fuera de texto.*

Así pues, en casos reconocimiento de pensiones de personas en régimen de transición de Ley 100 de 1993, el Consejo de Estado tiene sentados como criterios, en primer lugar, que el monto de la pensión no puede desprenderse del régimen anterior aplicable; y, en segundo lugar, que en materia de factores pensionales las Leyes 33 y 62 de 1985 los señalaron de manera enunciativa y, en consecuencia, deben incluirse todos los que tengan carácter salarial devengados en el ***último año de servicios****.*

En consecuencia, la Sala adopta el criterio jurisprudencial de Sala de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado por constituir precedente de obligatorio cumplimiento.

2.4.4.5. De las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Sea lo primero reiterar que el pronunciamiento contendido en la Sentencia C- 258 de 2013 tuvo como destinatarios a los pensionados con régimen de Congresistas y a los Magistrados de Alta Corte[81], ello en interpretación del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992[82].

---

[81] *"...4.1.1. Alcance del control constitucional rogado de las leyes*

La Constitución confirió a la Corte Constitucional muy amplios poderes en orden a preservar la supremacía y la integridad del ordenamiento superior. Sin embargo, como elemento de garantía del sistema y de preservación del principio de separación de poderes, cuando la Corporación conoce de una demanda ordinaria de inconstitucionalidad, no puede ejercer un control oficioso sobre la constitucionalidad de todo el precepto u otras disposiciones, sino que su análisis debe circunscribirse a la norma acusada y a los cargos propuestos por el demandante.

En este caso, los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas; entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación -artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado -artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-.

En segundo lugar, no se pasa por alto, las distintas sentencias proferidas en vía de tutela por el Consejo de Estado en materia del IBL que corresponde aplicar a quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 que, dicho sea, no representan una línea pacífica, en tanto unas han considerado que debe ser el previsto en la Ley 100 de 1993 y otras, por el contrario, que debe aplicarse el establecido en la Ley 33 de 1985[83].

En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de las trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros[81]*. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.*

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992."
Subrayado y resaltado fuera de texto.

[82] *"ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.*
PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

[83] *Las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de mayo de 2016 con ponencia del Consejero Doctor Alberto Yepes Barreiro en el proceso radicado No. 11001-03-15-000-2016-00132-01, siendo accionado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A y por el Consejero Doctor Carlos Moreno Rubio en el expediente Radicado No. 11001-03-15-000-2015-03135-01 en la que fue demandado el Tribunal Administrativo del Cesar, coinciden en señalar que, en materia del IBL de pensiones, cuando se trata de resolver casos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe seguirse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 conforme a las cuales, el mencionado asunto debe dilucidarse atendiendo las previsiones de la Ley 100 de 1993 y no las señaladas en el régimen anterior. Por el contrario, la sentencia de tutela proferida en el Expediente con Radicación No. 11001031500020160009400 el 22 de septiembre de 2016, con ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera señaló el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, so pena de incurrir en*

Ahora, la Sentencia SU-230 de 2015 lo que hizo fue es extender la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013.

Mención particular merece la sentencia de tutela proferida el ***15 de diciembre de 2016*** *proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Ponente Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en el proceso con Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01334-01, Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social – UGPP y demandados: Consejo de Estado Sección Segunda – otro, que dejó sin efecto la sentencia de unificación que profiriera la Sección Segunda del Consejo de Estado sentencia el 25 de febrero de 2016 dentro del proceso número 25000 2342 000 2013 01541-01 (4683-2013) con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve en la que, en vía ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho, había determinado que para los beneficiarios del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el IBL era el determinado en la Ley 33 de 1985.*

Ahora, en cumplimiento de la sentencia de tutela acabada de mencionar, la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia de reemplazo el 9 de febrero de 2016[84] *providencia que inició sus consideraciones con la siguiente precisión "Desde ahora, la Sala advierte que la sentencia en los términos que aquí se adopta obedece, simple y llanamente, al cumplimiento del fallo de tutela del 15 de diciembre de 2016, empero, no constituye una modificación al criterio interpretativo que del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993, ha sostenido la Sección Segunda de esta Corporación..." postura que se concreta en las conclusiones*[85]*. En estas condiciones, esta decisión no tiene el carácter de precedente en cuanto su decisión.*

---

desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, por consecuencia, en vía de hecho.

[84] *Consejero Ponente Doctor Cesar Palomino Cortes*
[85] *"...5. Conclusiones:*
5.1. El Consejo de Estado, reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales coma de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la nación de salario en sentido amplio y no restrictivo.
5.2. No se hace evidente que el reconocimiento pensional, bajo el criterio del Consejo de Estado afecte las finanzas públicas, menos cuando el impacto fiscal no pueden limitar el acceso a las prestaciones sociales y pensionales. Además, ha sido línea jurisprudencial de esta Corporación ordenar los descuentos para efectos de cotización, sobre los factores salariales que no se hubieren hecho, pues se repite, en Colombia, no hay pensiones graciosas, salvo, la especialísima del personal docente.
5.3. La mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componente de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base

Cabe resaltar que el máximo Tribunal de cierre de la jurisdicción contenciosa en decantada jurisprudencia ha señalado que ***el régimen de transición implica el monto*** *y que cuando se acude a la norma anterior para efectos pensionales debe respetarse el principio de inescindibilidad que impone la aplicación integral de la norma,* ***criterio que ha imperado por casi 20 años de manera invariable.***

Sobre el tema el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, ha sostenido de ***forma pacífica****, que el régimen precedente relativo a edad, tiempo de servicio* ***y monto de la pensión****, aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo,* ***regula la materia relacionada con el ingreso****, así quedó precisado en la sentencia de septiembre 21 de 2000 Expediente No. 470/99 Consejero Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda. Igualmente, sobre los alcances del régimen de transición la Sección Segunda – Subsección "B" del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, sostuvo que "...son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio. En el caso presente, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen...". Aspecto que de forma aún más amplia y con análisis de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, se abordó en la sentencia proferida el 9 de febrero de 2017 por*

---

de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.
5.4. En el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra consagrado el principio de favorabilidad y conexo a éste, el principio de inescindibilidad, en la medida que la norma que se adopte debe aplicarse en integridad y se prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales. Al escindir la norma se compromete el derecho a la igualdad en materia laboral, el principio de favorabilidad de raigambre constitucional, los derechos prestacionales ciertos e indiscutibles que contiene el mínimo de beneficios en favor de la parte más débil de la relación laboral y su efectividad.
5.5. La regla de interpretación insita en la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con la sentencia SU-530-15 y T-615-16, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, y cobijadas tanto leyes generales como especiales anteriores a la ley 100 de 1993, no contiene todos los elementos necesarios para resolver cada uno de los casos particulares del régimen de transición que ocupan la atención de esta Corporación como órgano de cierre y que constituyen el precedente en la jurisdicción Contenciosa Administrativo.
5.6 Aplicarse de tajo la línea jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en las pensiones amparadas por regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad, y favorabilidad, compromete los derechos fundamentales del pensionado. También compromete la autonomía del juez contencioso administrativo, que es el único competente constitucionalmente, para el control de legalidad de los actos administrativos particulares y concretos a la luz de los principios constitucionales y legales.

*la **Sala Plena** de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que por su importancia se cita en extenso:*

> *"...La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha entendido, en materia pensional que el "monto"; hace referencia "no sólo al porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección."*[86]
>
> *La referida Corporación, sobre ese tópico, ha precisado que:*
>
> *"...'monto' ...suma de varias partidas...advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra monto...no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir, el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de la pensión es sólo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra **monto de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho** que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de factores que deben tenerse en cuenta..."*[87]
>
> *También, sobre el mismo concepto, ha expresado esta Alta Corporación, que:*
>
> *"...interpretación del Consejo de Estado ha sido uniforme desde hace 20 años respecto del concepto de "monto", entendiendo que el monto e ingreso base de liquidación, es solo un concepto, el cual se caracteriza por ser inescindible..."*[88]
>
> *Por su parte, la Corte Constitucional, sobre la noción de "monto", ha entendido que:*
>
> *"...el monto de la pensión de vejez (entendido como porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación)"*[89]
>
> *"...el concepto de monto debe comprender tanto el **porcentaje** aplicable como la **base reguladora** señalada en dicho régimen,... el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible..."*[90] *(negrilla fuera de texto)*
>
> *La misma Corte Constitucional, adujo en relación con el concepto de monto, ha identificado dos acepciones: "en cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho."*[91]
>
> *En igual sentido, el concepto de "base reguladora", ha sido entendida en la doctrina española y en el contexto de la seguridad social, como la "**media aritmética de las bases de cotización actualizadas de los últimos ... años***

---

[86] *Consejo de Estado. Sentencia de Unificación del 26 de febrero de 2016*
[87] *Consejo de Estado. Radicación 470-99 sentencia del 21 de septiembre de 2000. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.*

[88] *Consejo de Estado. Radicación 4683-2013 .Sentencia 19 de noviembre de 2015 C.P. Gerardo Arenas Monsalve*
[89] *Corte Constitucional. Sentencia T-1225-08*
[90] *Corte Constitucional SU230/15. Sentencia del 29 de abril de 2015. M.P. Jorge Ignacio Preteli Chaljub*
[91] *T-060 de 2016*

__cotizados__, eliminando las pagas extras y actualizando las bases de cotización más antiguas en función del IPC acumulado desde el año que se considera la base de cotización a la fecha de jubilación...conseguir una pensión de jubilación con un importe elevado requiere tener muchos años cotizados, al menos más de 30 y unas __bases de cotización lo más altas posibles__ en los últimos quince años de la vida laboral[91] *(negrilla del texto)*

Por su parte, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, indica que: "El concepto tasa de reemplazo hace referencia a la relación entre el nivel de la pensión y el nivel de ingresos con que se realizaron las aportaciones a lo largo del ciclo laboral del individuo."[92]

Coloraria de lo anterior, es que los componentes de la pensión en su doble naturaleza, por un lado se relacionan entre sí, y por otro, con la noción de salario como unidad de medida para efectos pensionales.

Así por ejemplo, las normas invocadas en el acápite anterior, muestran que el legislador inicialmente fijó el monto de la pensión sobre el 75% del promedio del __salario devengado__ y posteriormente sobre 75% __el salario cotizado__, finalmente establece el principio que el monto de la pensión debe mantener una relación directa y proporcional al monto de cotización y a las semanas cotizadas.
(...)

Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación: por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

También, el artículo 36, inciso 3°, de la Ley 100 de 1993 fija una regulación específica del ingreso base de liquidación e indica la forma de establecerla, lo hace en similares términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993, que es el propio para establecer el ingreso base de liquidación de pensión amparada integralmente por la ley 100 de 1993. Entonces, la referida regla no debe aplicarse al régimen de transición menos cuando el régimen anterior contiene todos los componentes de la pensión, entre ellos, indica cómo establecer el ingreso base de liquidación.

Escindirse el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a la situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

La Corte Constitucional, respecto del principio de prohibición de regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, ha señalado:

---

[92] *Consulta en ULR http://www.cepal.org/es/publicaciones/7020-determinantes-tasas-reemplazo-pensiones-capitalizacion-individual-escenarios*

"El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzada debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional."[93]
(...)

De manera que, si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional, inicialmente coincidió en la noción de salario en sentido amplio, y en el concepto de monto e ingreso base de liquidación como una unidad inescindible, los que en el contexto del régimen de transición, debía aplicarse el régimen anterior en integridad, lo que guarda concordancia con la línea jurisprudencia del Consejo de Estado, empero, finalmente aquella Alta Corporación, concluyó que el ingreso base de liquidación, no hace parte del régimen de transición y que debe establecerse con reglas contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente que los factores para ese fin, solo pueden tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativa del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

En esas condiciones se evidencia que la Corte Constitucional mutó su tesis en relación con la interpretación del régimen de transición. También en ese contexto la noción de salario, pues la restringió al indicar que los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión, son únicamente sobre los que se hubiere cotizado.
(...)

(x).- Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta el principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios."[94]

Lo esbozado a lo largo de esta providencia, autorizan a la Sala para reiterar la tesis dominante en esta Corporación y sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario y de aplicar de tajo la tesis de las sentencias C-258-13, SU-230-15 y T-615-16 de la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición es, simple y llanamente, atentatorio de los principios de progresividad y favorabilidad y compromete los derechos laborales de rango fundamental.

Sumando a lo anterior, no se trata simplemente de discrepancias en la interpretación del régimen de transición, sino que en realidad de verdad lo que se evidencia es un problema estructural, que radica en la tendencia de adoptar como política pública una posición restrictiva de la noción de salario

---

[93] *Corte Constitucional sentencia C-288-11. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.*
[94] *Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), sentencia de 24 de noviembre de 2016. MP. Gabriel Valbuena Hernández.*

en aras de la estabilidad de las finanzas estales, lo que no es nuevo, sino que remonta a los años ochenta.

Ahora bien, la Sala recuerda que el Acto Legislativo 03 de 2011, que eleva a rango constitucional el principio de sostenibilidad fiscal, previó:

*"**ARTÍCULO 1°.** El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:*

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado

***PARÁGRAFO.** Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.*

En este orden de ideas, es evidente que los derechos fundamentales tienen primacía sobre las finanzas públicas y estas debe ser el mecanismo para alcanzar de manera progresiva los fines del Estado Social de Derechos entre estos la garantía de los derechos fundamentales..."[95] *(Subrayado fuera de texto original)*

A más de lo anterior, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, proferida con ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera[96] *señaló* ***el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado****, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, por consecuencia, en vía de hecho. Se dijo allí:*

"...Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.

Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[97]*, según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
(...)
Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la

[95] *Radicado 25000 2342 2000 0130 1541 00 No. Interno 4683*

[96] *Expediente: 11001031500020160009400*
[97] *Sentencia T- 760A de 2011, Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.*

sentencia SU-230 de 2015, no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa: toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de la contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.
(...)
En ese orden de ideas, se tiene que el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la sentencia de 25 de noviembre de 2015[98], efectuó una debida interpretación de la norma aplicable al caso, toda vez que le dio el alcance, tanto al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con el régimen de transición para los empleados públicos, como a la Ley 33 de 1985; acogiendo de manera integral la jurisprudencia del Consejo de Estado, como máximo tribunal de la contencioso administrativo.

En cuanto a la debida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cabe recordar que este fue determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995, que estudió la exequibilidad de ese artículo, precedente que, de conformidad con la jurisprudencia[99] de esa Corporación, resulta de obligatorio acatamiento.
(...)
En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[100], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo: que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993....” (Subrayado fuera de texto)

Decisión que fuera confirmada el 2 de febrero de 2017 por la Sección Segunda, Subsección “A”, con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández, con la siguiente conclusión:

”...Atendiendo los anteriores planteamientos, la Sala concluye que el Tribunal Administrativo de Antioquia no incurrió en el defecto sustantivo alegado porque como se vio empleó las normas vigentes y aplicables al caso puesto en su conocimiento, esto es, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985, interpretadas a la luz de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por esta Sección del Consejo de Estado.

---

[98] *Proferida en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el número 05-001-33-33-009-2013-00410-01, promovido por la señora MARÍA OTILIA MARTÍNEZ MONTOYA en contra de PENSIONES DE ANTIOQUIA.*
[99] *Ver sentencias C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-640 de 1998.*
[100] *Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 250002342000201301541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.*

En ese sentido, tampoco existe la violación del precedente deprecada por PENSIONES DE ANTIOQUIA toda vez que el Tribunal utilizó, para solucionar el debate jurídico, los parámetros dictados por esta Corporación en relación a la normativa aplicable al ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión de jubilación de la demandante, en consecuencia su proceder no transgredió el derecho constitucional al debido proceso razón por la cual la providencia impugnada será confirmada..."

Adicionalmente, ha de resaltarse que, en sentencia de tutela proferida también por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio el ***23 de marzo de 2017****, expediente con Radicación No.: 11001-03-15-000-2016-03366-01 señaló:*

"...En esa medida, en el presente caso se presenta el defecto alegado por la parte demandante, pues si bien el a quo para acceder al amparo deprecado tuvo en cuenta la presentación de la demanda ordinaria, lo cierto es que las autoridades judiciales acusadas no consideraron que la interpretación de las normas que rigen el régimen de transición, así como de las reglas contenidas en ***las sentencias que constituyen precedente, no podía oponérsele a la tutelante sin tener en cuenta el momento en que se consolidó su derecho pensional.***

En igual sentido, se advierte que la administración en su momento debió reconocer el derecho a la actora ***con observancia en las normas aplicables al caso concreto y al criterio del máximo órgano jurisdiccional competente sobre la materia, sin que el cambio legislativo o la interpretación constitucional que se hiciera frente a una norma****, como lo fue el que efectuó la Corte Constitucional con la sentencia C-258 de 2013, variara la decisión que en derecho correspondía.*

De otra parte, la Sala no puede ignorar que es la misma Constitución Política en su artículo 48 la que establece que: i) el derecho pensional se adquiere al momento de cumplir los requisitos de edad, tiempo de servicio, semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley; ii) se deben respetar los derechos adquiridos; y, iii) por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Por lo que, se concluye que los jueces ordinarios si bien conocieron y respetaron las reglas que fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015, lo cierto es que no tuvieron en cuenta que ***su aplicación dependía de la época en que se consolidó el derecho pensional del empleado, el cual, para el caso concreto se enmarcaba en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con la sentencia del 4 de agosto de 2010.***

De manera que, es preciso poner de presente que dichas autoridades judiciales ordinarias, de conformidad con los artículos 228, 230, 241 y 243 de la Constitución Política de Colombia, gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y, en sus providencias, solo están sometidas al imperio de la Ley. No obstante, ello debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos del pensionado, ***quien logró la materialización de manera legal su derecho pensional, por lo que mal podría aplicarse de***

forma retroactiva una tesis sobre la interpretación normativa del régimen de transición propuesta años después de la consolidación de su derecho prestacional... *" (Resaltado fuera de texto)*

Y, tampoco deja de mencionarse la sentencia proferida por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 12 de julio de 2017, en el proceso con radicación número 11001-03-15-000-2017-01454-00 con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, Sala de la que hizo parte el Honorable Consejero que hoy estudia el caso, analizando allí las tesis de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para concluir que, ante la diferencia de criterios, el juez puede adoptar la que considere apropiada, ***en virtud a la libertad de interpretación y autonomía del juez.*** *Al respecto, sostuvo:*

"..: En efecto, la autonomía e independencia de los jueces reconocida a nivel constitucional (C.P. Artículos 228 y 230), son facultades que le otorga el Estado y cuya limitación se enmarca por la constitución y las leyes.
Desde esa perspectiva, los jueces de la República en su labor de administrar justicia pueden a través de una carga argumentativa suficiente, clara y explícita aplicar e interpretar los mandatos abstractamente definidos por el legislador; de igual forma, apartarse de los dictados de los fallos de sus superiores o adoptar una de las tesis cuando sobre el mismo asunto versen diversas posiciones.

Es precisamente de esta prerrogativa de la cual se revisten los funcionarios judiciales para optar la interpretación que según su leal saber y entender considere más apropiada y frente a la cual le está vedado al juez constitucional cualquier consideración; máxime cuando el juez natural en un legítimo ejercicio de la autonomía e independencia judicial decidió razonablemente una de las posiciones que puede asumirse sobre el tema en discusión.

"En esa medida, no es cierto como el accionante lo afirma que el ad quem desconoció la posición de esta Corporación, sino que ***acogió su decisión con fundamento en la interpretación que consideró era la correcta respecto a los factores salariales y el IBL que debía aplicarse para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985.***

Por lo tanto, ***no puede afirmarse que la autoridad demandada hubiese incurrido en desconocimiento del precedente judicial*** *del Consejo de Estado o en un defecto sustantivo, toda vez que decidió acoger una de las posiciones desarrolladas al respecto por las Altas Cortes.*

Igualmente, la Subsección encuentra que la decisión cuestionada cuenta con la carga argumentativa suficiente, lo que obliga a descartar la vulneración de derechos fundamentales alegados.

Finalmente, debe aclararse que el criterio que venía aplicando esta Subsección, en sede de tutela, en casos similares al que hoy es objeto de estudio, era la posición sostenida por esta Corporación en los precedentes fijados en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 por

> *el Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila y el 25 de febrero de 2016 por el Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.*
>
> *Sin embargo, asumirá como nueva tesis la desarrollada en la presente acción de amparo, **en aras de garantizar el respeto al principio de autonomía e independencia judicial que asiste a las autoridades judiciales.***
> *En conclusión: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A al proferir el fallo del 30 de noviembre de 2016 no incurrió en un defecto sustantivo ni en desconocimiento del precedente, toda vez que **ante las diferencias de criterios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado podía optar por una de ellas**." –Negrilla fuera del texto original-.*

En ese orden de ideas, se aplicará al caso el criterio unificado de la Sección Segunda en el sentido de admitir que el monto de la pensión es parte integral del sistema transicional de pensión y ***que los factores a tener en cuenta, para estos casos, son todos aquellos que constituyen salario.***

Se adopta pues el criterio expuesto por el Consejo de Estado, no solo por preservar los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, sino porque, además, a juicio de esta Corporación, garantiza los derechos adquiridos y respeta los principios de progresividad y favorabilidad de los derechos laborales; e igualmente los principios de confianza legítima y progresividad que protege el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y considera como un compromiso por parte del Estado, para garantizar la efectividad de los derechos laborales, criterio que ha expuesto el Consejo de Estado y que este Tribunal comparte plenamente.

Bajo el anterior esquema se examinará el caso concreto.

2.4.4.6 De la indexación de la primera mesada pensional

La indexación de la primera mesada pensional se ha definido como el mecanismo utilizado para revalorizar las obligaciones de esta clase que permiten traer a valor presente las sumas que han perdido su valor adquisitivo por el trascurso del tiempo, bajo la égida de los principios de justicia y equidad.

De forma reciente, la Corte Constitucional en la sentencia SU-168 de 2017, con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, expuso:

> *"(...) Como lo ha indicado esta Corporación, la indexación fue uno de los instrumentos jurídico-constitucionales propuestos a partir de 1991 para combatir los efectos de la inflación y la consecuente pérdida de capacidad adquisitiva de la moneda que ésta genera. En materia de seguridad social, la pérdida del valor del adquisitivo del dinero afecta, especialmente, el derecho al mínimo vital de los*

trabajadores y pensionados que dependen de una prestación periódica para su subsistencia digna y congrua[101].

Este derecho es de carácter fundamental y universal, pues se predica de todo tipo de pensiones. Por ello, de encontrar la Sala que la demandante cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, la primera mesada pensional será indexada.

2.4.4.7. Del caso en concreto para el reconocimiento de la pensión

La demandante cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión, previstos en la Ley 33 de 1985, pues i) prestó servicios a la Contraloría Municipal de Tunja desde el ***14 de enero de 1981*** *al* ***9 de julio de 2001****. Es decir, que cumplió* ***veinte (20) años de servicio*** *el 14 de enero de 2001; y ii) cumplió 55 años de edad el* ***6 de marzo de 2012*** *(fl. 54).*

Ahora bien, según certificado que obra a folios 344 a 345, esto es desde el ***9 de julio de 2000*** *al* ***8 de julio de 2001****, la señora Blanca Miryan González Bautista devengó como factores salariales:* ***asignación mensual, prima de servicios, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad.***

Sobre estos factores se liquidará la primera mesada, así:

Mes (9/07/2000 a 8/07/2001)	***Asignación básica***	***Prima de vacaciones***	***Prima de servicios***	***Prima de alimentación***	***Prima de navidad***
Julio (22 días)	*568.700*			*18.333*	
Agosto	*775.500*			*25.000*	
Septiembre	*775.500*			*25.000*	
Octubre	*775.500*			*25.000*	
Noviembre	*775.500*			*25.000*	
Diciembre	*775.500*			*25.000*	*424.662*[102]
Enero	*852.700*			*25.000*	
Febrero	*852.700*			*25.000*	
Marzo	*852.700*			*25.000*	
Abril	*852.700*	*474.379*		*25.000*	
Mayo	*852.700*			*25.000*	
Junio	*852.700*		*852.700*	*25.000*	*512.168*
Julio (8 días)	*227.387*			*6.667*	
TOTAL INGRESO	***9.789.787***	***474.379***	***852.700***	***300.000***	***936.830***
PROMEDIO	***815.816***	***39.532***	***71.058***	***25.000***	***78.069***

[101] *Sentencias T-906 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-862 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto*
[102] *Si bien, la prima de navidad fue de $9901.172 (fl.344), esta corresponde al 1° de enero de 2000 y 31 de diciembre de 2000, el valor que se tomó equivale al último año de servicios de 22 de julio a 31 de diciembre de 2000, es decir, 172 días*

ANUAL	
IBL	1.029.475
IBL *75%	772.106

Comoquiera que existió un lapso entre el retiro del servicio y la adquisición del derecho pensional, resulta procedente indexar la primera mesada pensional, en aras de garantizar el mínimo vital y móvil de la demandante para que la prestación social no pierda poder adquisitivo. En estas condiciones la suma resultante, será actualizada atendiendo la fórmula de tiempo atrás adoptada por el Consejo de Estado para ajustar las sumas de dinero donde RH (valor histórico) debe multiplicarse por el resultado del índice final sobre el índice inicial, lo cual reporta el siguiente resultado que servirá de base para, a partir de allí, aplicar el reajuste a la diferencia pensional:

VALOR MESADA A 1993	DESDE	HASTA	INDICE INICIAL	INDICE FINAL	VALOR INDEXADO	VALOR INDEXACION
$ 772.106	9/07/2001	7/03/2012	65,89	110,76	$ 1.297.897	$ 525.791

Entonces, el valor de la mesada para el año 2012 es de ***un millón doscientos noventa y siete mil ochocientos noventa y siete pesos ($1.297.897).*** *La misma, será reajustada año a año, así:*

AÑO	IPC	PENSIÓN MENSUAL
2012		1.297.897
2013	2,44%	1.329.566
2014	1,94%	1.355.360
2015	3,66%	1.404.966
2016	6,77%	1.500.082
2017	5,75%	1.586.337

2.4.4.8. De la Sentencia SU-427 de 2016:

De forma reciente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de 2016 en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:

> *"...6.11. Ahora bien; el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar*

en un abuso del derecho[103] de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y ***que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[104].***

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ***ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario[105]****, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición,* ***obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral****, y por el contrario,* ***representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva*** *(...)."*

6.14. ***En dichos eventos****, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013,* ***los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con las aportes que acumuló en su vida laboral****, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen* ***vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de las Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos*** *(...)."[106]*

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo,

---

[103] En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

[104] Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[105] Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

[106] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), "si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."

> *excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior,* ***evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión****..." (Resaltado fuera de texto)*

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en las sentencias de unificación que antes se reseñaron, enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un ***abuso del derecho*** *que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "...Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral."*

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso, según se extrae de las pruebas que obran en el expediente administrativo. En efecto, mediante Resolución Nº 014 de 5 de febrero de 1996 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se actualizó en el escalafón de la carrera administrativa a la actora en el empleo de ***Profesional Universitario Código 3020, Grado 05*** *(fl. 162 a 163 anexo). En el año 1998, tomó posesión en carrera del cargo de* ***Profesional Universitario Código 340 Grado 05*** *(fl. 210 anexo), el cual fue desempeñado hasta la fecha de retiro, ocurrida el 9 de julio de 2001 (fl. 244 anexo).*

Adicionalmente, los factores que se incluyen, fueron los que durante los últimos 10 años de su historia laboral, se devengaron sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos.

2.4.4.9 De la prescripción

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969, prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

> *"Artículo 41".- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto* ***prescribirán en tres años****, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

> *El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción,* ***pero sólo por un lapso igual****." (Resaltado fuera de texto)*

Es decir, que la prescripción comienza a contarse a partir del momento en que el derecho que se reclama se hace exigible, no obstante el simple reclamo escrito del trabajador ante su empleador, interrumpe este término ***por un lapso igual****, esto es, por tres años, luego de los cuales, comenzará a contarse nuevamente el término inicial de tres años contemplado en la norma en cita.*

La demandante, elevó la primera solicitud de reconocimiento pensional ante el Fondo Territorial de Pensiones el ***3 de julio de 2014*** *(fl. 161), cuando había trascurrido 2 años y cuatro meses desde la fecha en que adquirió el derecho, es decir el 7 de marzo de 2012. Posteriormente, presentó la demanda el* ***19 de agosto de 2016*** *(fl. 74), es decir que no trascurrió el término máximo para la configuración del fenómeno prescriptivo de las mesadas pensionales.*

2.4.4.10 De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Esta Corporación en sentencia de 19 de febrero de 2016, radicado 15238-3331-703- ***2014-00096-****01, se ocupó de analizar lo relativo al periodo de los descuentos en aportes a pensión, cuando en virtud de la aplicación de la sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010, se incluyen en la reliquidación pensional, nuevos factores respecto de los cuales no se ha realizado el correspondiente descuento.*

Examinó en tal providencia el ***carácter parafiscal*** *de los aportes a la Seguridad Social*[107] *y señaló que conforme al Titulo XVII del E.T. artículo 187* ***la acción para su cobro prescribe en el término de cinco (5) años****, criterio sostenido por la Sección*

---

[107] *C- 711 de 2001 "(...)Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal. (...)"*

Cuarta del Consejo de Estado en sentencias de 26 de marzo de 2009[108] y 2 de diciembre de 2010[109].

Así las cosas, si bien es cierto que la pensión surge como consecuencia del ahorro mediante los aportes efectuados durante toda la vida laboral, no lo es menos que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe, además, como se ha precisado, en ánimo a salvaguardar los derechos de personas de protección constitucional especial, como son los pensionados.

Como corolario de lo expuesto, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, lo ***es durante toda la bien laboral,*** *no es menos cierto que ésta –la obligación- se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales.*

Comoquiera que entre el 1 de abril de 1982 y el 9 de julio de 2001, a la demandante le asistía la ***obligación de realizar los aportes en su calidad de servidora pública*** *en virtud de la relación laboral, se ordenará realizar los descuentos sobre el retroactivo* ***durante los últimos cinco (5) años laborados****, por prescripción extintiva de la obligación, criterio que ha adoptado ya en forma retirada este Tribunal[110]. La demandante, está obligada al pago del aporte a su cargo, atendiendo para ello el porcentaje establecido en* ***la ley vigente para cuando se efectuó el pago.*** *En cualquier caso, el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.*

Se precisa acá que, a juicio de esta Sala, ***en este aspecto la sentencia es constitutiva de la obligación*** *en tanto, antes que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ni el Estado, ni el empleado estaban obligados a aportes por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985 y, en cualquier caso, si de aquellos a los que*

---

[108] *Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Banco de Bogotá contra el Instituto de Seguros Sociales, en sentencia de 26 de marzo de 2009.*
[109] *Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, sentencia de 2 de diciembre de 2010.*
[110] *Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2, sentencias de 11 de marzo de 2016 con radicación No. 2013-00080-02; 2015-00040-02; 2014-00513-00, con ponencia del doctor Luis Ernesto Arcinegas Triana. Así mismo, sentencias proferidas por la Sala de Decisión No. 3 con ponencia de la suscrita magistrada de fecha 8 de marzo de 2016 y radicación número 2013-00212-02, 2013-00027-01, 2013-00200-02 y 2013-00379-02.*

estaba obligado en los términos de la mencionada ley, algunos dejaron de efectuarse, tal deber de cobro tenía que ejercerse en los términos de imprescriptibilidad que antes se explicaron.

En consecuencia, sólo cuando se reconoce la prestación con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador ***respecto de los factores distintos*** *a los que se señalaron en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.*

Por último, dirá la Sala que aplicar la prescripción a los aportes parafiscales, resulta equitativo si se tiene en cuenta que, a las mesadas pensionales también, de ser procedente, se aplica la prescripción propia de los derechos laborales.

Ahora, los últimos 5 años de trabajo ocurrieron entre el ***9 de julio de 1996 y el 8 de julio de 2001,*** *periodo para el cual, en materia de aportes para pensión se* ***aplicaba el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.*** *Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.*

2.5. De las costas

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en ***sentencia de 7 de abril de 2016****, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:*

> *"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
>
> *a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" CCA- a uno "objetivo valorativo" CPACA-.*
> *b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
> *c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente*

realizada dentro del procesa. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[111], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".

De acuerdo con los numerales 1° y 8° del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación

Se encuentra que la demandante acudió con la representación de una profesional del derecho[112], quien participó no solo en la presentación de la demanda, sino en las audiencia inicial[113] y de pruebas, así como en las alegaciones finales[114].

No queda duda que debe condenarse en costas a la Contraloría Municipal de Tunja y Municipio de Tunja como partes procesales, por concepto de gastos y agencias en derecho, atendiendo el numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura[115] en la suma ***TOTAL*** *de QUINIENTOS MIL PESOS a favor de la demandante.*

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

[111] *"ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada; en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*

[112] *Folio 8*

[113] *folio 264 BIS*

[114] *folios 313 a 324*

[115] *"Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia".*

III. FALLA:

PRIMERO. No prosperan *las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho reclamado en contra de la Contraloría Municipal de Tunja y prescripción de derechos laborales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO. *Se accede parcialmente a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho, presentada por Blanca Miryan González Bautista contra el Municipio de Tunja-Fondo Territorial de Pensiones y la Contraloría Municipal de Tunja. En consecuencia, se declara la nulidad del Oficio de fecha 1 de junio de 2015 con radicado de salida* ***OA-652*** *suscrito por el Contralor Municipal de Tunja, mediante el cual niega el reconocimiento de derechos laborales reclamados por la señora Blanca Miryan González Bautista.*

TERCERO. *Declarar la existencia de la relación laboral entre Blanca Miryan González Bautista y el la Contraloría Municipal de Tunja, por el periodo correspondiente al* ***catorce (14) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981) y el catorce (14) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982).***

CUARTO. *A titulo de restablecimiento del derecho la Contraloría Municipal de Tunja reconocerá a Blanca Miryan González Bautista* ***la totalidad*** *de los aportes para pensiones del periodo correspondiente al catorce (14) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981) y el catorce (14) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982).*

Para tal efecto, la Contraloría Municipal de Tunja i) tomará el ingreso base de cotización por ese periodo de tiempo; ii) realizará el cálculo actuarial; y iii) remitirá las cotizaciones a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-.

QUINTO. *La Contraloría Municipal de Tunja expedirá certificado de información laboral con destino al Fondo Territorial de Pensiones, en el que incluya el periodo comprendido entre el (14) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981) y el catorce (14) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982), como periodo de vinculación laboral.*

Lo anterior, en el término máximo de ***quince (15) días*** *contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.*

SEXTO. *Se declara la nulidad del* ***artículo segundo*** *de la* ***Resolución Nº 0436 de 12 de noviembre de 2014*** *expedida por la Secretaría Administrativa del Municipio de Tunja.*

SÉPTIMO. *Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del artículo segundo de la Resolución Nº 0436 de 12 de noviembre de 2014 expedida por la Secretaría Administrativa del Municipio de Tunja y a título de restablecimiento del derecho, el Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Tunja* ***emitirá*** *a favor de COLPENSIONES el* ***Bono Pensional*** *por los aportes realizados por Blanca Miryan González Bautista entre el veintiuno (21) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982) y el nueve (9) de julio de dos mil uno (2001), en el término máximo de* ***noventa (90) días,*** *contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia.*

OCTAVO. *Se declara la nulidad del oficio BZ2014_10326663-3216499 de 11 de diciembre de 2014 expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES.*

NOVENO. *Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, una vez se haya emitido el bono pensional, reconocerá y pagará a Blanca Miryan González Bautista identificada con cédula de ciudadanía Nº 40.014.385 de Tunja, a partir del* ***7 de marzo de 2012*** *una pensión de vejez en las siguientes cuantías:*

AÑO	*PENSIÓN MENSUAL*
2012	*1.297.897*
2013	*1.329.566*
2014	*1.355.360*
2015	*1.404.966*
2016	*1.500.082*
2017	*1.586.337*

Parágrafo: *La pensión a reconocer a partir de la ejecutoria de esta sentencia para el año 2017 será de* ***UN MILLÓN QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS ($1.586.337)****. En adelante, la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, aplicará a la mesada pensional los reajustes anuales, conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 o las normas que la modifiquen.*

DÉCIMO*. De la condena en relación con el reconocimiento pensional, la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES- deberá realizar los descuentos* ***que no se hubieran efectuado*** *al Sistema General en pensiones, durante* ***los últimos cinco (5) años de su vida laboral, comprendido 9 de julio de 1996 y el 8 de julio de 2001, por prescripción extintiva, en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.*** *El monto máximo no podrá superar el valor de la condena a favor de la demandante.*

DÉCIMO PRIMERO. *Todas las sumas que resulten a favor de la actora* ***se ajustarán*** *tomando como base el IPC como lo prevé el inciso 4° del artículo 187 del CPACA.*

DÉCIMO SEGUNDO. *La condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.*

DÉCIMO TERCERO. Negar *las demás pretensiones de la demanda.*

DÉCIMO CUARTO. Condenar en costas *a la Contraloría Municipal de Tunja y al Municipio de Tunja. Liquídense por Secretaría y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.*

DÉCIMO QUINTO. *FÍJAR* ***como agencias en derecho*** *la suma de quinientos mil pesos ($500.000) a cargo Contraloría Municipal de Tunja y el Municipio de Tunja por partes iguales, y a favor de la demandante.*

DÉCIMO SEXTO. Exhortar *al Municipio de Tunja y a la Contraloría Municipal de Tunja para que en lo sucesivo en casos similares al presente, se abstenga de incurrir*

en actos dilatorios y que obstaculicen el acceso al derecho pensional, cuando se evidencia que la persona ha perdido su capacidad laboral y sea un adulto mayor.

Esta sentencia fue discutida y aprobada en Sala de la fecha.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE.

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSE A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Demandante: Blanca Miryan González Bautista
Demandado: Municipio de Tunja y otros
Expediente: 15001 2333 000 2016 00651 00
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 4

MAGISTRADO: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 12 ENE 2018

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANA AZUCENA BURGOS MOJICA
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FINDI NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICADO: 150012333000 2016 00777-00

Corresponde al Despacho, pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, en contra del fallo proferido en audiencia inicial que tuvo lugar el 19 de octubre de 2017.

CONSIDERACIONES

A folio 72 y siguientes del informativo, obra recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada, en contra de la sentencia de primera instancia [1] proferida dentro de la audiencia inicial celebrada el 19 de octubre de 2017, proferida por la Sala de Decisión No 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá dentro del proceso de la referencia. (fls. 184-192)

Sobre el particular, memora el Despacho que el trámite a surtir del recurso de apelación contra sentencias se encuentra regulado en el Art. 247 de la Ley 1437 de 2011, disposición que entre otros aspectos señala:

> *"...**Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias.** El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:*
>
> *1. **El recurso deberá interponerse y sustentarse** ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*

[1] ARTÍCULO 243. *APELACIÓN*. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. (...)

*2 **Si el recurso fue sustentado oportunamente** y **reúne los demás requisitos legales,** se concederá mediante auto en el que se dispondrá remitir el expediente al superior ...." (...)*

*3. Recibido el expediente por el superior, **si este encuentra reunidos lo requisitos decidirá sobre su admisión..." (...)** (Subrayado por el Despacho)*

Nótese como tanto la concesión como la admisión del recurso se encuentra supeditada a la sustentación de la alzada y al cumplimiento de los requisitos que la Ley establece para el efecto, entre los cuales, tratándose de fallos condenatorios, se encuentra el previsto en el inciso 4º del Art. 192 del CPACA, veamos:

" ... Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación..."

En el caso de autos el fallo impugnado fue de carácter condenatorio, lo que impone que previo a resolver sobre su concesión se agoté el referido tramite conciliatorio; razón por la cual se dispondrá que por la Secretaria de esta Corporación se convoque a las partes y al Ministerio Público a audiencia de conciliación. En consecuencia se,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- Convóquese a las partes y al Ministerio Público a audiencia de conciliación que tendrá lugar el **día dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018) a las nueve de la mañana (9:00 a.m)** en las salas de Audiencias del Tribunal Administrativo de Boyacá.

Adviértaseles a las partes acerca de la obligatoriedad de su asistencia, so pena para la parte impúgnate de la declaratoria de desierto del recurso.

Notifíquese y Cúmplase

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

DEMANDANTE:	YESID FIGUEROA GARCÍA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE TUNJA- DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
REFERENCIA:	150013333000-**2017-00191**-00
MEDIO DE CONTROL:	ACCION POPULAR
ASUNTO:	APRUEBA PACTO DE CUMPLIMIENTO

Se encuentra en el Despacho el expediente de la referencia para resolver respecto de la legalidad del pacto de cumplimiento celebrado entre las partes el 09 de noviembre de 2017.

I. ANTECEDENTES

I. ANTECEDENTES,

1. LA DEMANDA:

La presente acción fue instaurada a nombre propio por Yesid Figueroa García en contra del Municipio de Tunja, el Departamento de Boyacá y el Ministerio de Cultura con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos al **goce del espacio público, la defensa del patrimonio público, a la protección del patrimonio público, arqueológico, arquitectónico y cultural**; a efectos de lograr un compromiso mediante el cual se suspenda la amenaza o agresión y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior de ser posible.

El actor popular solicita que se ordene a los entes accionados que se ordene lo siguiente:

> *"Ordenar al municipio de Tunja, Departamento de Boyacá y al Ministerio de Cultura que dentro de un término perentorio y breve, lleven a cabo la recuperación, mantenimiento, preservación, restauración y cuidado del monumento a la Raza Indígena, al monumento a los Leones y el monumento al Ajedrez, llevando a cabo a lo suyo todas y cada una de las acciones y gestiones administrativas y contractuales necesarias con dicho fin, en estricta sujeción a las recomendaciones dadas por los técnicos y especialistas en el área de conocimiento.*

Ordene al municipio de Tunja, Departamento de Boyacá y al Ministerio de Cultura que proceda dentro de un término perentorio y breve a efectuar el aseo y puesta en funcionamiento de las fuentes de agua del monumento a la Raza indígena, así como la limpieza y aseo de los monumentos a los Leones y el Monumento al Ajedrez.

Ordene al municipio de Tunja, Departamento de Boyacá y al Ministerio de Cultura a la realización de un plan interinstitucional de recuperación, mantenimiento, limpieza y cuidado del monumento a la raza indígena, para su ejecución programada y ceñida a las recomendaciones dadas por los técnicos.

Ordene al municipio de Tunja, Departamento de Boyacá y al Ministerio de Cultura a la realización de un plan interinstitucional de recuperación, mantenimiento, limpieza y cuidado de los monumentos a los leones y al monumento al Ajedrez.

..".

2. RECUENTO PROCESAL.

La demanda fue presentada el 20 de febrero de 2017[1], siendo repartida al Juzgado Primero Administrativo Oral de Tunja, mediante auto del 27 de febrero de 2017 fue remitido a esta Corporación por competencia según lo dispuesto en el artículo 152 CPACA (fl. 14). El 7 de marzo del año en curso fue remitido el expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá (fl. 17), se admitió a través del auto de 15 de marzo del mismo año (fl. 20), donde se ordenó realizar la notificación respectiva al Municipio de Tunja, al Departamento de Boyacá.

II. CONTESTACIONES

- **EL MINISTERIO DE CULTURA:**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la acción en cuanto a esta entidad se refiere, pues considera que las competencias de ese Ministerio, para ejercer actividades objeto de la presente acción, solo se predica respecto de Bienes de Interés Cultural del ámbito nacional, mientras que los monumentos de los cuales se está haciendo referencia en la acción popular, son de la competencia del ente territorial.

[1] *Folio 12*

- **MUNICIPIO DE TUNJA:**

Señaló que los monumentos a la Raza, el Ajedrez y los Leones, no cuentan con un acto administrativo que los reconozca como bien de interés cultural del municipio, del Departamento o de la Nación, por lo que considero que el Ente Municipal no tiene injerencia en la utilización de recursos para las labores que se están requiriendo.

- **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**:

Luego de hacer un extenso recuento normativo señaló que se opone a las pretensiones de la demanda por cuanto considera que en el presente caso hay inexistencia de daño y perjuicio contingente por cuanto no se probó el peligro o amenaza o el agravio sobre derechos de interés común. Además de lo anterior, señaló que el Departamento no es el responsable del mantenimiento, preservación, restauración y cuidados de dichos monumentos por cuanto dicha responsabilidad recae sobre el ente municipal.

La audiencia de pacto de cumplimiento.

Esta se celebró el 05 de octubre de 2017, y se reiteró por parte del Departamento de Boyacá y el Ministerio de Cultura que respecto de esas entidades no existía legitimación en la causa por pasiva, como quiera que los monumentos a los que se hace alusión corresponden al ente Municipal. Por otra parte, la diligencia fue suspendida con el fin de que las partes acordaran la presentación de propuesta de pacto de cumplimiento al Despacho (municipio de Tunja), como quiera que se encontraba la posibilidad de llegar a tal evento entre las partes.

Se reanudó la audiencia el 09 de noviembre de 2017 y se indicó por parte del Municipio de Tunja que en Comité del 31 de octubre del mismo año, se reunió el comité de conciliaciones del Municipio de Tunja y mediante Acta No. 039 de 2017, decidió proponer fórmula de pacto de cumplimiento de la siguiente manera:

"(...)

- ***BIEN CONMEMORATIVO "CLUB DE LEONES"***:

a- Acción de limpieza superficial al pedestal (estructura en cemento).

1. *Retiro de la capa de pintura blanca y verde que se encuentra con pintura de grafitis.*

2. *Acción de conservación preventiva: Convocar a la comunidad Tunjana para que apoyen la acción de limpieza propuesta, con el fin de propiciar espacio de sensibilización y nota audiovisual del Programa Orgullo Tunjano de la Alcaldía Mayor de Tunja.*

   Para lo anterior se ejecutará con recursos de gestión, ante la policía de Turismo de la Ciudad de Tunja, pues esta entidad se encargara de aportar la pintura y mano de obra.

- ***BIEN CONMEMORATIVO AL AJEDREZ***

  Se gestionará la consecución de recursos ante los entes privados que se encuentran en servicio en la ciudad y que hicieron parte de la edificación de este elemento en el espacio público, a fin de que se contrate la elaboración de un estudio técnico que determine las acciones de intervención que se debe realizar.

- ***BIEN ESCULTORICO A LA RAZA***

1. *Reactivar con agua la pileta que se encuentra rodeando la escultura, esto con el fin de aislar a las personas de acceder fácilmente a la estructura de piedra.*
2. *Solicitar a alumbrado público reactivar las farolas que se encuentran alrededor de la pileta para que iluminen el espacio y permita evidenciar cualquier acción vandálica a través de las cámaras de seguridad del municipio.*
3. *Realizar campañas de sensibilización a través de un audiovisual para que sea trasmitido en los medios de comunicación que utiliza la Alcaldía Mayor de Tunja.*

   Las actividades atrás descritas se ejecutarán durante el primer semestre del año 2018".

Por su parte, el Ministerio de Cultura se pronunció y aportó certificación del comité de Defensa Judicial y Conciliación del Ministerio de Cultura de fecha 8 de noviembre de 2017, en la que se propuso coadyuvar una fórmula de pacto tendiente a proteger y recuperar el patrimonio cultural municipal, siempre y cuando dicha fórmula no implique aceptar algún tipo de responsabilidad del Ministerio de Cultura por los hechos que fundamentan la acción, ni aceptar en cabeza de esa entidad actuación u omisión alguna que pueda ser considerada como lesiva de los derechos colectivos cuya protección se solicita, como quiera que los bienes objeto de la acción no son de propiedad del Ministerio de Cultura, y no tienen

declaratoria como bienes de interés cultural del ámbito nacional.

III. CONSIDERACIONES

- PRONUNCIAMIENTO SOBRE NULIDADES Y PRESUPUESTOS PROCESALES

Revisada la actuación surtida hasta el momento, en cumplimiento del control de legalidad establecido en el artículo 132 del C.G. del P., no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado. Por el contrario, se garantizó a las partes el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

De otra parte, están reunidos los presupuestos procesales. En efecto:

1. Está probada la existencia del accionante, que es una persona natural pero que actúa en nombre propio en los términos del artículo 12 numeral 1 de la Ley 472 de 1998.

2. De igual manera, está acreditada la existencia y capacidad procesal de las entidades demandadas.

3. Y existe demanda en forma, tal como se señaló en el auto admisorio porque el escrito presentado cumple los requisitos establecidos en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998.

IV. - LA ACCIÓN POPULAR

La Constitución Política de 1991, trajo consigo una nueva dimensión en las relaciones de los ciudadanos frente al -Estado, partiendo de la primacía del principio de la dignidad humana como rector dé la nueva estructura jurídica y política y de la concepción de la persona como un fin estatal.

Esa nueva perspectiva conlleva explícita o implícitamente que la persona pueda alcanzar un desarrollo autónomo y digno, dotada para ello de nuevos poderes, de una amplia gama de derechos fundamentales, individuales, sociales, económicos y culturales, cuyo ejercicio está garantizado mediante acciones judiciales qué permiten obtener su efectividad (arts. 86, 87, 88 y 89). Y todo ello dentro de los principios democráticos de soberanía popular, representación, separación de funciones, cláusula general de competencia del congreso para definir derechos - acciones y procedimientos, y colaboración armónica entre las

diferentes autoridades para cumplir los cometidos señalados en el artículo 2 de la Carta Política.
Los anteriores mecanismos forman parte del entramado jurídico que comprende las vías, instancias y competencias judiciales ordinarias y especializadas destinadas a permitir el acceso a la justicia de las personas en defensa de sus derechos e intereses, para que estos no se erijan en simples postulados filosóficos sino que adquieran una identidad real, exigióle por sus titulares ante las autoridades y la comunidad en general.

La Ley 472 de 1998, que desarrolló el artículo 88 de la Constitución, a título enunciativo indicó en su artículo 4º algunos de los derechos e intereses colectivos, entre ellos los invocados por el accionante, esto es, goce del espacio público, seguridad y salubridad públicas, defensa del patrimonio público y la: moralidad administrativa.

El Estatuto Fundamental en su artículo 88 régulo las acciones colectivas populares y de grupo o clase, con el siguiente contenido normativo:

> *"ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella... "*

La Corte Constitucional[2], al analizar la naturaleza de las acciones previstas en artículo citado, indicó:

> *"En este orden de ideas se observa que el inciso primero del artículo 88 de la Carta, al consagrar las denominadas Acciones Populares como otro de los instrumentos de defensa judicial de los derechos de las personas, señala también el ámbito material y jurídico de s;u procedencia, en razón de la naturaleza de los bienes que se pueden perseguir y protegerá través de ellas; estas aparecen previstas para operar dentro del marco de los derechos e intereses colectivos que son, específicamente, el patrimonio público, el espacio público y la salubridad pública; igualmente, se señala como objeto y bienes jurídicos perseguibles y protegidos por virtud de estas acciones, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica. Esta lista no es taxativa sino enunciativa y deja, dentro de las competencias del legislador, la definición de otros bienes jurídicos de la misma categoría y naturaleza, la cual le asigna un gran valor en procura*

[2] *T-528/92*

de uno de los fines básicos del Estado Social de Derecho como es el de la Justicia. Queda claro, pues, que estas acciones, aunque estén previstas para la preservación y protección de determinados derechos e intereses colectivos, pueden abarcar derechos de similar naturaleza, siempre que estos sean definidos por la ley conforme a la Constitución, y no contraríen la finalidad pública o colectiva y concreta a que quedan circunscritas estas acciones, por sustanciales razones de lógica y seguridad jurídica. También se desprende de lo anterior que las acciones populares, aunque se enderecen a la protección y amparo judicial de estos concretos intereses y derechos colectivos, no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines el Constituyente erigió el instituto de las acciones de grupo o de clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual la Acción de Tutela ..si se presenta la violación de los Derechos Constitucionales, como en este caso lo propone el peticionario.

V. - DEL PACTO DE CUMPLIMIENTO

La Ley 472 de 1998 en su artículo 27 reguló lo relacionado con la audiencia de pacto de cumplimiento.

La Corte Constitucional en sentencia C-215 de 1999 se pronunció sobre la constitucionalidad de esta norma, y de esa providencia consideramos pertinente resaltar los siguientes aspectos: [3]

1. En tal acuerdo, además del juez que lo avala, previa revisión de la legalidad del proyecto de pacto, ha de contar también con la intervención del Ministerio Público, cuyo papel es el de proteger los derechos colectivos en juego, dada su función de "defensor de los

3 La finalidad del pacto de cumplimiento encaja dentro del ordenamiento constitucional y, en particular, hace efectivos los principios de eficacia, economía y celeridad (art. 209, C.P.), los cuales, como lo ha entendido esta Corporación, son aplicables también a la administración de justicia, porque conlleva a que los, apartes puedan llegar a un acuerdo de voluntades para obtener el oportuno restablecimiento y reparación de los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses colectivos, dando con ello una terminación anticipada ál proceso y solución de un conflicto y por ende, una realización efectiva de la participación de los ciudadanos y autoridades en las decisiones necesarias para solucionar los problemas que los afectan y por supuesto un menor desgaste para la administración de justicia.

intereses colectivos", en los términos del numeral 4 del artículo 277 de la Carta Política.

2. Ese acuerdo contribuye a obtener la pronta reparación de los* perjuicios ocasionados por la vía de la concertación, reduciendo los términos del proceso y en consecuencia, de la decisión que debe adoptar el juez- todo ello, en desarrollo de los principios constitucionales ya enunciados. De igual forma, mediante el compromiso que suscriben las partes y que se consigna en el proyecto de pacto, se busca prever oportunamente la violación de los intereses colectivos, y por consiguiente, su efectiva protección y reparación.

3. No es un medio para negociar la sanción judicial, pues la conciliación versa sobre algo que se encuentra pendiente de determinación, ya que al momento de intentarse el pacto de cumplimiento, aún no se ha impuesto sanción alguna al infractor.

4. El pacto se realiza con el conocimiento y la participación de los afectados con la decisión, lo que constituye una garantía adicional al debido proceso.

5. En la sentencia el juez, de conformidad con lo establecido en el inciso cuarto del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, puede conformar un comité para la verificación de la observancia del fallo - en este caso, el que aprueba el pacto de cumplimiento - en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades relacionadas con el objeto del fallo.

6. No puede concederse a la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento el alcance de cosa juzgada absoluta, pues se desconocerían el debido proceso, el derecho de acceso a la justicia y la efectividad de los derechos de las personas que no tuvieron la oportunidad de intervenir en esa conciliación y que en un futuro como miembros de la misma comunidad, se vieran enfrentadas a una nueva vulneración de los derechos sobre cuya protección versó la conciliación, porque no puede ignorarse la probabilidad' de que a pesar de la fórmula de solución acordada, se generen para esa comunidad nuevas situaciones que vulneren sus derechos e intereses. No se trata en este caso, del incumplimiento de la sentencia que aprobó la conciliación, pues para subsanar esta situación, la ley prevé los mecanismos de control ya mencionados, sino de la ocurrencia en la misma comunidad de nuevos hechos que atentan contra los derechos e intereses colectivos objeto del pacto de cumplimiento, que en esta ocasión

obedecen a causas distintas a las alegadas entonces y a la aparición de informaciones de carácter técnicos de las cuales no dispusieron ni el juez ni las partes al momento de conciliar la controversia.

- **CASO CONCRETO.**

En ese orden de ideas, se evaluará si el pacto de cumplimiento celebrado entre las partes se ajusta a las exigencias legales. Para lo cual se realizará un estudio en orden a verificar si dicho pacto cumple con los requisitos antes señalados y protege los derechos colectivos que se estimaron como vulnerados en la demanda.

La Sala encuentra que al pacto concurrieron todas las partes interesadas, por cuanto el cronograma de actividades mediante el cual se establecieron la realización de las obras para el mantenimiento y recuperación de los tres monumentos a la raza indígena, el Club de Leones y el Ajedrez, quedó plasmado en el acta de la audiencia de pacto de cumplimiento del 09 de noviembre de 2017 y en el Acta del Comité de Conciliación del Municipio de Tunja.(fl. 458)

De la lectura del acta de la audiencia de pacto de cumplimiento se puede evidenciar de manera clara que existe una violación de los **Derecho al goce del espacio público, la defensa del patrimonio público, a la protección del patrimonio público, arqueológico, arquitectónico y cultural**; a efectos de lograr un compromiso mediante el cual se suspenda la amenaza o agresión y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible, y que la solución desde el punto de vista técnico no es otra que la recuperación, reactivación y mantenimiento de los monumentos en cuestión.

Así las cosas, se evidencia que la recuperación, limpieza y mantenimiento de los plurimencionados monumentos es la respuesta efectiva que tiene que brindar el Ente Territorial, cuyas competencias constitucionales y legales así se lo imponen, en beneficio de los habitantes del Municipio de Tunja, con el fin de cesar la vulneración de los derechos colectivos conculcados.

Ahora, el tiempo en que se pretende desarrollar todo el cronograma de recuperación, que brinde una respuesta efectiva tendiente al restablecimiento de los derechos colectivos, donde se llevarán a cabo las distintas etapas de gestión administrativas y financiera con las cuales finalmente se materialice la recuperación de las obras artísticas será en el primer semestre de 2018, tal como fue señalado en el Acta No. 039 de 2017 que reposa en el expediente, del Comité de Conciliación del Municipio de Tunja, tal como quedó plasmado en la audiencia de pacto de cumplimiento, lo que implica asumir la totalidad de las obligaciones allí

impuestas en cuanto a la ejecución de los recursos con las entidades pertinentes y la realización de las obras a que haya lugar, conforme fue dispuesto en dicha Acta vista a folio 458 del expediente.

Por tanto, el pacto de cumplimiento suscrito entre las partes cumple con lo establecido en el inciso 4° del artículo 27 de la ley 472, toda vez que en él se determina la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y además está acorde con lo pedido en la demanda, consecuencia se procederá a su aprobación.

Para verificar el cumplimiento de lo pactado, el Municipio de Tunja, deberá rendir un informe **DETALLADO** al Tribunal, respecto del cumplimiento de los compromisos aquí avalados; informe que deberá ser rendido bimensualmente, el primero contado a partir de la ejecutoria de la sentencia que decida sobre la aprobación del presente pacto de cumplimiento y en el que se informe de manera detallada cuales han sido las gestiones realizadas para el cumplimiento de lo aquí pactado.

COMITÉ DE VERIFICACIÓN.

Para asegurar el acatamiento de la fórmula de solución de conflicto, se conformará el comité de verificación del cumplimiento del fallo de que trata el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por las partes de este proceso: el actor: **YESID FIGUEROA GARCÍA**, el señor Alcalde del **MUNICIPIO DE TUNJA,** al **MINISTERIO DE CULTURA y A LA DEFENSORIA DEL PUEBLO- REGIONAL BOYACÁ**. El comité igualmente deberá rendir ante este Despacho un informe bimensual acerca del cumplimiento de esta decisión.

IV. DECISION

Por lo anteriormente expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. APROBAR el pacto de cumplimiento celebrado entre el Municipio de Tunja y l Actor Popular.

SEGUNDO. El municipio de Tunja se compromete a realizar las siguientes actuaciones:

- ***BIEN CONMEMORATIVO "CLUB DE LEONES":***

b- Acción de limpieza superficial al pedestal (estructura en cemento).

3. *Retiro de la capa de pintura blanca y verde que se encuentra con pintura de grafitis.*
4. *Acción de conservación preventiva: Convocar a la comunidad Tunjana para que apoyen la acción de limpieza propuesta, con el fin de propiciar espacio de sensibilización y nota audiovisual del Programa Orgullo Tunjano de la Alcaldía Mayor de Tunja.*

   Para lo anterior se ejecutará con recursos de gestión, ante la policía de Turismo de la Ciudad de Tunja, pues esta entidad se encargara de aportar la pintora y mano de obra.

- ***BIEN CONMEMORATIVO AL AJEDREZ***

  Se gestionará la consecución de recursos ante los entes privados que se encuentran en servicio en la ciudad y que hicieron parte de la edificación de este elemento en el espacio público, a fin de que se contrate la elaboración de un estudio técnico que determine las acciones de intervención que se debe realizar.

- ***BIEN ESCULTORICO A LA RAZA***

4. *Reactivar con agua la pileta que se encuentra rodeando la escultura, esto con el fin de aislar a las personas de acceder fácilmente a la estructura de piedra.*
5. *Solicitar a alumbrado público reactivar las farolas que se encuentran alrededor de la pileta para que iluminen el espacio y permita evidenciar cualquier acción vandálica a través de las cámaras de seguridad del municipio.*
6. *Realizar campañas de sensibilización a través de un audiovisual para que sea trasmitido en los medios de comunicación que utiliza la Alcaldía Mayor de Tunja.*
   Las actividades atrás descritas se ejecutarán durante el primer semestre del año 2018".

TERCERO. Para verificar el cumplimiento de lo pactado, **EL MUNICIPIO DE TUNJA, DEBERÁ RENDIR UN INFORME DETALLADO** al Tribunal, respecto del cumplimiento de los compromisos aquí avalados; informe que deberá ser rendido **BIMENSUALMENTE**; el primer informe contado a partir de la ejecutoria

de la sentencia que decida sobre la aprobación del presente pacto de cumplimiento y en el que se informe cuáles han sido las gestiones realizadas para el cumplimiento de lo aquí pactado.

CUARTO. Publíquese por parte del actor popular, la parte resolutiva de esta providencia en un diario de amplia circulación nacional, remitiendo prueba de la publicación a esta Corporación.

QUINTO. CONFÓRMASE el comité de verificación del cumplimiento del fallo de que trata el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por las partes de este proceso: el actor: **YESID FIGUEROA GARCÍA**, el señor Alcalde del **MUNICIPIO DE TUNJA,** al **MINISTERIO DE CULTURA** y a la **DEFENSORIA DEL PUEBLO- REGIONAL BOYACÁ**. El comité deberá rendir ante el Despacho del ponente un informe bimensual acerca del cumplimiento de esta decisión.

QUINTO: ORDENAR a la Secretaría que remita copia de la demanda, del auto admisorio y de este fallo, a la Defensoría del Pueblo para los fines previstos en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, relacionados con el registro público centralizado de acciones populares y acciones de grupo.

La presente providencia fue discutida y aprobada en Sala de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
DESPACHO No. 4
MAGISTRADO: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 12 ENE 2018

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ISABEL CASTAÑEDA BERNAL
DEMANDADO: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION Y OTROS
REFERENCIA: 15001233300020170020200

Visto el informe secretarial que antecede en el que se pone en conocimiento que se encuentra vencido el término de traslado de las excepciones propuestas por el demandado.

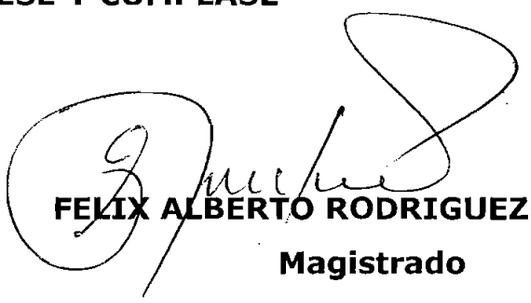
En consecuencia el Despacho, continuando con el trámite procesal subsiguiente, procede a fijar como fecha y hora para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el **LUNES VEINTIDOS (22) DE ENERO DE 2018 A LAS ONCE DE LA MAÑANA (11:00 a.m.)**, diligencia que se llevará a cabo en las salas de audiencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, ubicado en la Carrera 9 No. 20-62, quinto piso del Palacio de Justicia de la Ciudad de Tunja.

Para el efecto, por la Secretaria de esta Corporación, **Cítese** a las partes, apoderados y al Ministerio Público, advirtiéndose la concurrencia obligatoria a la audiencia de los apoderados judiciales de las partes, so pena de la imposición de las sanciones a que hubiere lugar y las respectivas consecuencias procesales.

Por la Secretaría de ésta Corporación, notifíquese ésta providencia por estado electrónico.

Finalmente, se conmina a la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá a fin de que en el término de 2 días allegue el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso. La inobservancia de este deber constituye falta gravísima del funcionario encargado del asunto, en los términos previstos en el artículo 175 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE



FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. ___ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
DESPACHO No. 4

MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 12 ENE 2018

MEDIO DE CONTROL: ELECTORAL
DEMANDANTE: OSCAR BELTRAN PEREZ
DEMANDADO: CONCEJO DE SOGAMOSO Y OTRO
RADICADO: 15001233300020170020900

Mediante memorial presentando el 7 de diciembre de 2017 el demandante desiste de la prueba pericial decretada a instancia suya, pues a su juicio, en el proceso se cuenta con suficiente material probatorio para proferir sentencia de mérito (fl. 513-514).

Para resolver se,

CONSIDERA

El artículo 296 del CPACA dispone que en los aspectos no regulados en el título VIII de ese Estatuto, -esto es, la regulación en materia del proceso electoral-, deberá remitirse al proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral.

Al respecto, el CPACA tampoco establece disposición referente al desistimiento de las pruebas, razón por la cual deberá hacerse remisión al Código General del Proceso, conforme lo autoriza el artículo 306 de la primera codificación.
Así las cosas, el artículo 175 del CGP dispone que las partes podrán desistir de las pruebas **no practicadas que hubieren solicitado.**

Revisado el expediente, se aprecia que en la audiencia inicial se había decretado a instancia de la parte actora, la práctica de un dictamen pericial, para lo cual se ofició a la Escuela de Administración Pública- ESAP a los efectos de que emitiera su concepto respecto de algunos aspectos técnicos pedidos por el demandante (fl. 466 vlto).

La práctica de la aludida prueba no pudo llevarse a cabo dado que la Entidad oficiada manifestó su imposibilidad a ese efecto, por ello, se designó perito de la lista de auxiliares de la justicia, conforme se aprecia en la audiencia llevada a cabo el 5 de diciembre de 2017 (fl. 511-512). Sin embargo, a la fecha no se ha llevado a cabo la posesión del aludido perito.

Por lo anterior considera el Despacho que se encuentra configurado el presupuesto del artículo 175 *ejusdem,* pues la aludida prueba pericial **no se ha practicado,** razón por la cual, es procedente, acceder a la petición de desistimiento presentada por el demandante.

Ahora bien, continuando con el trámite, advierte el Despacho que las pruebas se encuentran recaudadas en su totalidad, razón por la cual es menester dar aplicación al artículo 286 del CPACA, en el sentido de fijar fecha para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, sin embargo, el Despacho considera innecesaria la celebración de la aludida audiencia, y por tanto, dando aplicación el inciso final del artículo 181 del CPACA, -conforme la autorización del artículo 286 de ese Estatuto Procesal- dispondrá la presentación de los alegatos de conclusión por escrito, conforme lo dispuesto en el artículo 181 inciso final del CPACA.

En consecuencia se,

RESUELVE

PRIMERO: Aceptar el desistimiento de la prueba pericial solicitado por la parte actora, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Dar por precluido el término probatorio.

TERCERO: Ordenar a las partes que presenten sus alegatos de conclusión por escrito, dentro de los 10 días siguientes, término dentro del cual el representante del Ministerio Público podrá allegar concepto si a bien lo tiene.

CUARTO: Cumplido lo anterior ingrésese el expediente al Despacho para tomar la decisión que en derecho corresponda.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico
No. ___ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja,

Acción	:	**Validez de Acuerdo Municipal**
Demandante	:	**Departamento de Boyacá**
Demandado	:	**Municipio de Iza**
Expediente	:	**15001-23-33-000-2017-00210-00**

Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala de Decisión No. 2 de la Corporación a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el Departamento de Boyacá en contra de la validez del Acuerdo No. 002 del 13 de febrero de 2017 "*Por medio del cual se adiciona al presupuesto de rentas y gastos vigencia fiscal año 2017, del municipio de Iza Boyacá los excedentes financieros de la vigencia anterior y se crean nuevos rubros".*

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor que por esta Corporación se declare la invalidez del rubro 231106 del Sector Educación, Sector Educación – Calidad Matrícula contenido en el Acuerdo 002 del 13 de febrero de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Iza.

Igualmente, solicita que se emita pronunciamiento frente a la situación planteada y a la actuación que debe surtir posteriormente el funcionario competente del municipio, ante lo expuesto en el concepto de violación.

II. HECHOS

El Concejo Municipal de Iza expidió el Acuerdo Municipal No. 002 del 13 de febrero de 2017, el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 15 de febrero de 2017.

Al realizar la revisión jurídica ordenada en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, el Gobernador de Boyacá observa que el acto objeto de esta demanda es contrario a la Constitución Política y a la Ley.

Estima como norma violada los artículos 6 y 8 de la ley 715 de 2001.

Para explicar el concepto de violación, tomando como referente la normatividad invocada, manifiesta que el acuerdo objeto de revisión proferido por el Concejo Municipal de Iza la desconoce por las siguientes razones:

El demandante aduce que *"la norma no contempla entre las competencias de los Municipios no certificados la de "Capacitación a docentes, directivos docentes, estudiantes"*, adicionando recursos para un fin que no es competencia de los municipios no certificado en el sector de educación.

III. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja el 15 de marzo de 2017 siendo admitida por el despacho mediante providencia del 23 de marzo de 2017 (fl. 33), sometiéndola a las ritualidades propias del proceso previstas en el artículo 151 del C.P.A.C.A. y en el Decreto 1333 de 1986.

2. Dentro del término de fijación en lista (fl.40), se pronunció **el Municipio de Iza (f. 37) y el Concejo Municipal de Iza (f. 41).**

3. El **Municipio de Iza,** a través de su alcalde (f. 37), solicita que se declare la validez del acuerdo No. 002 de 13 de febrero de 2017.

Manifiesta que el rubro 231106 denominado capacitación a docentes, directivos docentes y estudiantes, por un valor de $16.000.000 de pesos, tiene como fuente de financiación el superávit de los ingresos corrientes de libre destinación, es decir, recursos de capital propios de la entidad territorial.

Aduce que la demanda no está llamada a prosperar, porque no se están involucrando recursos del Sistema General de Participaciones, los cuales por orden legal si cuentan con restricciones de inversión y gasto.

Afirma que lo que se pretende en el acuerdo demandado es *"robustecer actividades que no están definidas por la ley 715 de 2001 para el caso de la inversión de los recursos del Sistema General de Participaciones Calidad Educativa, y que se encuentran enmarcadas dentro de las proyecciones, inversiones y ejecuciones del fortalecimiento de gestión educativa del Plan de Desarrollo Local, que solo busca cumplir con las metas e indicadores de la matriz plurianual de inversiones para el eje de educación de este plan de desarrollo"*.

Expone que para el caso de los recursos propios la entidad territorial tiene plena autonomía de invertir estos recursos en programas que no estén cubiertos o cobijados por el Sistema General de Participaciones sector educación, pues como bien, se indica los recursos propios pueden ser invertidos en cualquier sector, eje o programa definido por la entidad, sin restricción alguna de orden legal, llámese funcionamiento o inversión.

Trae a colación la directiva ministerial MEN N° 012 de 2008, en la que se establece en relación con los recursos de calidad educativa, que se pueden

destinar en "*acciones de mejoramiento de la gestión académica enmarcadas en los planes de mejoramiento institucional"*.

Finalmente, el Municipio manifiesta que con el ánimo de no crear confusiones o interpretaciones normativas inadecuadas "*presentará un nuevo proyecto de acuerdo a sesiones extraordinarias donde se definirá específicamente la fuente de financiación y se cambiara a denominación del rubro por FORTALECIMIENTO DE LA CALIDAD EDUCATIVA, que se ajusta a los parámetros establecidos por la ley 715 de 2001 y la directiva ministerial antes descrita*".

4. El **Concejo Municipal de Iza (f. 41),** a través de abogada, solicita que se declare la validez del acuerdo demandado, como quiera que no es contrario a la ley, ya que fue expedido por el órgano competente según el artículo 313 de la Constitución Política y en cumplimiento de todos los tramites constitucionales.

Aduce de conformidad con la norma presuntamente violada, más exactamente el artículo 8 de la Ley 715 de 2001, que "...*no establece taxativamente para qué actividades podrá ser destinados el presupuesto otorgado para educación en municipios no certificados. Ahora bien, lo que es claro es que la misma norma establece en el mismo artículo 8 numeral... 8.1 Administrar y distribuir los recursos del Sistema General de Participaciones que se asignen para el mantenimiento y* ***mejoramiento de la calidad.*** *8.3. Podrán participar con recursos propios en la financiación de los servicios educativos a cargo del Estado y en las inversiones de infraestructura,* ***calidad*** *y dotación. Los costos amparados por estos recursos no podrán generar gastos permanentes para el Sistema General de Participaciones*".

Manifiesta que la calidad educativa se logra capacitando a los docentes y estudiantes, toda vez que "*...si bien es cierto, los docentes son profesionales*

en diferentes ramas de la educación, es indispensable sin lugar a dudas capacitar para tener ellos mejores conocimientos con los cuales podrán brindar una calidad de educación a los estudiantes, para que en el mañana sean grandes profesionales, ya que se edificaron fortalecidos de grandes bases".

Así pues, infiere que la misma Ley 715 de 2001 estipula en su texto que se debe brindar calidad en la educación, la que se logra "*…del resultado de directrices accesorias como lo son las capacitaciones; capacitaciones que no solo deben ser enfocadas a nivel directivo, es decir docente, sino también estudiantes, dado que los colegios no cuentan con docentes que estén especializados en todas las ramas educativas. La capacitación docentes – estudiantes es la orientación a una formación con excelencia encaminado a formar mejores estudiantes, para competir con los mejores institutos educativos del país y del mundo…* "

Por último, sostiene que expidió el acuerdo municipal Nº 002 de 2017 para generar en los estudiantes del municipio una formación académica con grandes avances, los cuales deben ser encaminados a capacitar tanto a docentes como a estudiantes para adquirir una mejor calidad en la educación.

5. Mediante providencia del 11 de mayo de 2017 (fl. 68), se abrió el proceso a pruebas, tomándose con todo su valor probatorio los documentos aportados con el escrito demandatorio y sus contestaciones. Además como no había pruebas por practicar, se prescindió del término probatorio, en tanto se encontraban aportadas al proceso y las mismas satisfacen el objeto de la acción.

Se decide, previas estas,

IV- CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

En esta oportunidad le corresponde a la Corporación determinar si el Concejo Municipal de Iza observó la normatividad vigente, en particular el artículo 8 de la Ley 715 de 2001, al aprobar el rubro número 231106 contenido en el Acuerdo Municipal 002 de 13 de febrero de 2017 *"POR MEDIO DEL CUAL SE ADICIONA AL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS VIGENCIA FISCAL AÑO 2017, DEL MUNICIPIO DE IZA BOYACÁ LOS EXCEDENTES FINANCIEROS DE LA VIGENCIA ANTERIOR Y SE CREAN NUEVOS RUBROS"*, o si por el contrario desconoció dicha normatividad, toda vez que el departamento de Boyacá asegura que el municipio de Iza no tiene la competencia para capacitar a los docentes, directivos docentes y estudiantes, como quiera que la citada disposición no contempla entre las competencias de los municipios no certificados destinar los recursos para dicha finalidad.

Con el fin de despejar el problema jurídico inmerso en la solicitud de invalidez del referido acuerdo y en las respuestas dadas por las autoridades municipales de Iza, la Sala efectuará algunas consideraciones previas sobre i) el presupuesto general de las entidades territoriales; ii) la calidad educativa y la capacitación a docentes y iii) la solución del caso concreto.

2. El presupuesto general de las entidades territoriales

El artículo 266 del Decreto 1333 de 1986 "*Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal"* dispone que "*en el primer día de las sesiones ordinarias del mes de noviembre, el Alcalde presentará al Concejo el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia próxima. El acuerdo correspondiente deberá ser expedido por el Concejo Municipal durante las sesiones de noviembre cada año, incluido el período de prórroga"* (subrayado fuera de texto).

Por su parte el artículo 64 del Decreto 111 de 1996 *"Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto",* consagra lo siguiente:

> **ARTÍCULO 64.** Si el proyecto de presupuesto general de la Nación no hubiere sido presentado en los primeros diez días de sesiones ordinarias o no hubiere sido aprobado por el Congreso, el Gobierno Nacional expedirá el decreto de repetición antes del 10 de diciembre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 348 de la Constitución Política.
>
> Para su expedición el gobierno podrá reducir gastos y en consecuencia suprimir o refundir empleos cuando así lo considere necesario teniendo en cuenta los cálculos de rentas e ingresos del año fiscal. En la preparación del decreto de repetición el gobierno tomará en cuenta:
>
> 1. Por presupuesto del año anterior se entiende, el sancionado o adoptado por el gobierno y liquidado para el año fiscal en curso.
>
> 2. Los créditos adicionales debidamente aprobados para el año fiscal en curso.
>
> 3. Los traslados de apropiaciones efectuadas al presupuesto para el año fiscal en curso (L. 38/89, art. 51; L. 179/94, art. 55, inc. 1º).
>
> **NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1645 de 2000"**.

La anterior norma es aplicable a las entidades territoriales por mandato del artículo 109 del mismo decreto que les ordena expedir normas en materia presupuestal que sigan las mismas disposiciones del orden nacional, en los siguientes términos:

> "…**ARTÍCULO 109.** Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto en lo que fuere pertinente.
>
> Si el alcalde objeta por ilegal o inconstitucional el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, deberá enviarlo al tribunal administrativo dentro de los cinco días siguientes al recibo para su sanción. El tribunal administrativo deberá pronunciarse durante los veinte días hábiles siguientes.

> Mientras el tribunal decide, regirá el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, bajo su directa responsabilidad (L. 38/89, art. 94; L. 179/94, art. 52)" (subrayado fuera de texto).

Así pues, los componentes del presupuesto general del municipio son i) el presupuesto de rentas; ii) el presupuesto de gastos o acuerdo de apropiaciones, y iii) las disposiciones generales.

La estructura del presupuesto de gastos está conformada por los i) gastos de funcionamiento, ii) servicio de la deuda pública; iii) gastos de inversión social*;* iv) gasto público social y; v) gastos de funcionamiento e inversión de los establecimientos públicos.

En consecuencia, en la estructura del presupuesto de gastos que debe presentarse al concejo municipal debe indicarse los gastos de funcionamiento, los gastos de servicio de la deuda pública y los gastos de inversión, determinando los sectores, los programas y procedencia del recurso por cada uno, atendiendo el presupuesto de ingresos.

En relación con los gastos de inversión con recursos del Sistema General de Participaciones, de ahora en adelante, SGP, se debe advertir que dicho sistema es el conjunto de recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política (modificados por los actos legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007) a las entidades territoriales –departamentos, distritos y municipios- para la financiación de los servicios a su cargo y de las competencias asignadas por las Leyes 715 de 2001, 1122 y 1176 de 2007.

El Sistema General de Participaciones está compuesto por i) un conjunto de cuatro asignaciones especiales (alimentación escolar, municipios ribereños del Río Grande de la Magdalena, resguardos indígenas y Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet) y otro integrado por ii) las

asignaciones sectoriales (**educación**, salud, agua potable y saneamiento básico y una participación de propósito general).

De acuerdo a la distribución sectorial del SGP, la participación para educación es del 58.5%, los cuales deben ser destinados a financiar la prestación de los servicios educativos (salarios del personal docente y administrativo de las instituciones educativas del municipio, aportes patronales del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones de Magisterio, cuota de administración) y para financiar acciones de calidad.

Los recursos de la participación de la educación del SGP se destinaran a:

- Pago de personal docente y administrativo de instituciones educativas públicas, contribuciones inherentes a nómina y sus prestaciones sociales.
- Construcción de la infraestructura, mantenimiento, pago de servicios públicos y funcionamiento de las instituciones educativas.
- Provisión de la canasta educativa.
- **Mantenimiento, evaluación y promoción de la calidad.**

Los recursos para administración de educación de los municipios no certificados, serán administrados por el departamento.

Los recursos destinados a la calidad de la educación se gastan principalmente en:

- Dotaciones escolares
- Mantenimiento y adecuación de infraestructura
- Cuota de administración departamental
- Interventoría
- Sistema de información

Así pues, cada entidad territorial incluirá en su presupuesto municipal, apropiaciones para cada fondo de servicios educativos y establecimiento educativo, tanto de las participaciones del SGP para educación, como de recursos propios.

3. La calidad educativa y capacitación a docentes y estudiantes

Constitucionalmente le corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de **velar por su calidad**, por el cumplimiento de sus fines y **por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos**; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo (art. 67 CP).

En desarrollo de lo dispuesto en la Constitución Política, el legislador profirió la Ley 115 de 1994 "*Por la cual se expide la ley general de educación"*, cuyo artículo 151 dispone que las secretarías de educación departamentales y distritales o los organismos que hagan sus veces, ejercerán dentro del territorio de su jurisdicción, en coordinación con las autoridades nacionales y de conformidad con las políticas y metas fijadas para el servicio educativo, entre otras las siguientes funciones:

- Fomentar la investigación, innovación y desarrollo de currículos, métodos y medios pedagógicos;

- Diseñar y poner en marcha los programas que se requieran para mejorar la eficiencia, la calidad y la cobertura de la educación;

- Dirigir y coordinar el control y la evaluación de calidad, de acuerdo con los criterios establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y aplicar los ajustes necesarios;

- Programar en coordinación con los municipios, las acciones de ca**pacitación del personal docente** y administrativo estatal;

- Prestar asistencia técnica a los municipios que la soliciten, para mejorar la prestación del servicio educativo.

Así pues, se puede concluir que para que haya calidad en la educación, entre otros se debe: i) programar en coordinación con los municipios, las acciones de capacitación del personal docente y administrativo estatal; ii) prestar asistencia técnica a los municipios que la soliciten, para mejorar la prestación del servicio educativo y iii) aplicar los incentivos y sanciones a las instituciones educativas, de acuerdo con los resultados de las evaluaciones de calidad y gestión.

Con posterioridad se profirió la Ley 715 de 2001 "*Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros",* cuyo artículo 8 consagra las competencias de los municipios no certificados en el sector educación, así:

> "8.1. Administrar y distribuir los recursos del Sistema General de Participaciones que se le asignen para el mantenimiento y mejoramiento de la calidad.
>
> 8.2. Trasladar plazas y docentes entre sus instituciones educativas, mediante acto administrativo debidamente motivado.
>
> 8.3. Podrán participar con recursos propios en la financiación de los servicios educativos a cargo del Estado y en las inversiones de infraestructura, calidad y dotación. Los costos amparados por estos recursos no podrán generar gastos permanentes para el Sistema General de Participaciones.
>
> 8.4. Suministrar la información al departamento y a la Nación con la calidad y en la oportunidad que señale el reglamento" (subrayado fuera de texto).

Luego, se puede concluir que en el mismo artículo 8° ibídem, en los numerales 8.1 y 8.3 se menciona que estará a cargo de los municipios no certificados el mantenimiento y mejoramiento de la calidad educativa y que podrán participar con recursos propios para la financiación del sistema educativo y en la inversión de infraestructura, calidad y dotación.

Por su lado, la Corte Constitucional en la sentencia T – 743 de 2013[1], estimó que "*que una educación aceptable implica: un adecuado control y vigilancia de la actividad educativa, la prohibición de castigos físicos y tratos humillantes o degradantes, la adopción de medidas destinadas a garantizar que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías étnicas y la capacitación de los docentes".*

La Corte identifica unos parámetros para que haya una aceptabilidad educativa, en la faceta de calidad, entre los que se encuentran los siguientes:

> i) La educación es aceptable cuando los programas de estudio y los métodos pedagógicos son pertinentes, adecuados culturalmente, equitativos y de buena calidad. El cumplimiento de ese último requisito, el de calidad, debe evaluarse considerando los estándares mínimos que cada Estado haya establecido al respecto, según sus propias necesidades y particularidades.
>
> ii) En el ámbito nacional, dichos estándares mínimos fueron regulados por la Ley General de Educación, que comprometió al Estado con la **atención permanente de los factores que favorecen la calidad y el mejoramiento de la educación**, como **la cualificación y formación de los educadores, la promoción docente,** los recursos y métodos educativos, la innovación educativa y profesional y la inspección y evaluación del proceso educativo. La atención de esos factores se materializa mediante obligaciones concretas de respeto, protección y cumplimiento de parte de los distintos actores del sistema.
>
> iii) Por la idoneidad y promoción de los educadores y por su ubicación en los centros e instituciones educativas responden, en particular, las entidades territoriales, que tienen a su cargo los concursos de nombramiento, **la capacitación**, la coordinación de las evaluaciones de desempeño y la organización de las plantas de personal.
>
> iv) La evaluación del proceso educativo (de la eficiencia y la calidad de la enseñanza, **el desempeño de los docentes**, la eficacia de los recursos, los métodos pedagógicos y las instituciones educativas) es una labor compleja que exige la participación coordinada del gobierno nacional, el Icfes y las entidades territoriales, y que se lleva a cabo, principalmente, mediante la realización de los exámenes de Estado, cuyos resultados son los principales indicadores de la calidad de la educación que se imparte en las instituciones y los centros educativos públicos del país. Dichos resultados son determinantes para el ejercicio del control y la vigilancia del servicio público educativo y para proporcionar la información que se requiere para el diseño y la implementación de programas de mejoramiento.

[1] Corte Constitucional. Sentencia T – 743 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

v) La tarea de asegurar el continuo mejoramiento de la calidad educativa debe sujetarse a principios de participación, equidad, descentralización, educación cualitativa, pertinencia y relevancia, los cuales, además, guían el desarrollo de las evaluaciones destinadas a medir el cumplimiento de los objetivos educativos. Los requisitos de pertinencia y relevancia suponen, en su orden, que la educación debe ajustarse a los contenidos académicos, los requerimientos del mercado laboral y la formación humanística del estudiante y que debe asimilar un conjunto básico de conocimientos exigibles en el contexto nacional y en el internacional.

vi) El principio de equidad al que alude la Ley 1324 de 2009 implica que el Estado, al promover el mejoramiento continuo de la educación, debe considerar que los contextos de aprendizaje son distintos, y asumir, en ese sentido, un compromiso proactivo por garantizar el acceso a una educación de calidad en igualdad de oportunidades. Tal compromiso se adecúa a la faceta de equidad a la que los instrumentos internacionales vinculan la aceptabilidad educativa. Como se indicó en precedencia, una educación aceptable, en términos de equidad, es aquella que garantiza que toda la población acceda a educación de calidad, independientemente de su procedencia social, cultural, o de su lugar de residencia.

vii) La organización de la planta de personal de las instituciones educativas públicas es uno de los factores que contribuye a garantizar la equidad en el acceso a una educación de calidad. De acuerdo con lo establecido en el Decreto 3020 de 2002, que estipula las reglas sobre la materia, la ubicación del personal docente estatal debe realizarse teniendo en cuenta las particularidades de las regiones y sus grupos poblacionales, para aumentar, equitativamente, la cobertura, la calidad y la eficiencia del servicio educativo" (subrayado y negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, se puede concluir que una **educación aceptable** implica: *"...un adecuado control y vigilancia de la actividad educativa, la prohibición de castigos físicos y tratos humillantes o degradantes, la adopción de medidas destinadas a garantizar que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías étnicas y* ***la capacitación de los docentes"***[2].

Por consiguiente, se infiere que los municipios no certificados pueden participar con recursos propios en la financiación de los servicios educativos y en su calidad, como por ejemplo con la capacitación de sus docentes y directivos.

[2] T-743 de 2013

4. Solución del caso concreto

Así pues, en esta oportunidad le corresponde a la Corporación determinar si el Concejo Municipal de Iza observó la normatividad vigente, en particular el artículo 8 de la Ley 715 de 2001, al aprobar el rubro número 231106 contenido en el Acuerdo Municipal 002 de 13 de febrero de 2017 *"POR MEDIO DEL CUAL SE ADICIONA AL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS VIGENCIA FISCAL AÑO 2017, DEL MUNICIPIO DE IZA BOYACÁ LOS EXCEDENTES FINANCIEROS DE LA VIGENCIA ANTERIOR Y SE CREAN NUEVOS RUBROS"*, o si por el contrario desconoció dicha normatividad, toda vez que el departamento de Boyacá asegura que el municipio de Iza no tiene la competencia para capacitar a los docentes, directivos docentes y estudiantes, como quiera que la citada disposición no contempla entre las competencias de los municipios no certificados destinar los recursos para dicha finalidad.

El acuerdo N° 002 de 2017 *"POR MEDIO DEL CUAL SE ADICIONA AL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS VIGENCIA FISCAL AÑO 2017, DEL MUNICIPIO DE IZA BOYACÁ LOS EXCEDENTES FINANCIEROS DE LA VIGENCIA ANTERIOR Y SE CREAN NUEVOS RUBROS"* expedido por el Concejo Municipal de Iza, establece en sus consideraciones y parte resolutiva lo siguiente:

"

CONSIDERACIONES

1. Que el Honorable Concejo Municipal de Iza, aprobó el Acuerdo N° 020 de fecha 9 de diciembre de 2016 por medio del cual fijo presupuesto General de Ingresos y Gastos y Recursos de Capital del Municipio, para la vigencia fiscal 2017, liquidado mediante Decreto N° 059 de diciembre 20 de 2016, contra el cual se realizan las modificaciones presupuestales.

2. Que la Tesorería Municipal efectuó el cierre presupuestal de la vigencia fiscal 2016, para determinar la ejecución presupuestal de ingresos y gastos, las obligaciones por pagar el estado de tesorería, los excedentes financieros y la disponibilidad final.

3. Que la Tesorería municipal certifica la existencia de estos dineros en las cuentas del municipio.

4. Que una vez realizado el cierre presupuestal se obtuvo un superávit por la suma de: **MIL CUARENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS ($1.045'992.337) M/CTE.** y para ejecutar estos recursos se hace necesario adicionarlos al presupuesto de rentas y gastos de la presente vigencia.

Por lo anteriormente expuesto,

ACUERDA

ARTÍCULO PRIMERO: …

ARTICULO SEGUNDO: adiciónese dentro del presupuesto de gastos, para la vigencia fiscal del año 2017 la suma de **MIL CUARENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS ($1.045'992.337) M/CTE.**

De acuerdo al siguiente detalle.

RUBRO	DENOMINACIÓN	FUENTE	VALOR DEL RUBRO	VALOR TOTAL
2	GASTOS			1,045,992,337
23	GASTOS DE INVERSIÓN			1,045,992,337
231	SECTOR EDUCACIÓN			40,072,365
2311	CALIDAD MATRICULA			
231105	Transporte Escolar		6,500,000	
	Superávit ICDL	6,500,000		
231106	Capacitación a docentes, directivos docentes Estudiantes		16,000,000	
…	Superávit ICLD	16.000.000	…	…

Descendiendo al fondo del asunto, se tiene los municipios no certificados pueden participar con recursos propios –como en este caso- en la financiación de los servicios educativos y en su calidad, siendo uno de sus componentes la capacitación de sus docentes, directivos docentes, y estudiantes.

Como se señaló en las consideraciones, en el ámbito nacional, hay unos estándares mínimos respecto a la calidad y el mejoramiento de sector educativo, como es **la cualificación y formación de los educadores, la**

promoción docente, los recursos y métodos educativos, la innovación educativa y profesional y la inspección y evaluación del proceso educativo.

Así las cosas, la Sala estima que el Concejo Municipal de Iza al aprobar el rubro N° 231106 denominado *"Capacitación a docentes, directivos docentes, estudiantes"*, contenido en el acuerdo municipal N° 002 del 13 de febrero de 2017, no transgredió el artículo 8° de la ley 715 de 2001, como quiera que establece que a los municipios no certificados les compete entre otras funciones, con recursos propios, la financiación de los servicios educativos, e invertir en calidad, que como ya se indicó lo compone la capacitación docente, de directivos docentes y estudiantes.

Por consiguiente, la Sala estima que lejos de vulnerarse el artículo 8 de la Ley 715 de 2001, se están exaltando deberes constitucionales como es velar por la calidad de la educación, en este caso a nivel territorial, propendiéndose por el mejoramiento en la educación del municipio de Iza, con la finalidad de que sus estudiantes cumplan con los estándares mínimos establecidos a nivel nacional e internacional.

Por las razones expuestas, el cargo formulado por el departamento de Boyacá no tiene vocación de prosperidad, y en ese caso se declarará la validez del acuerdo municipal N° 002 de 2017, en relación con el rubro N° 231106, denominado "*Capacitación a docentes, directivos docentes, estudiantes*", por un valor de $16'000.000 de pesos, por no ser ilegal ni inconstitucional.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. **DECLARAR LA VALIDEZ** del Acuerdo 002 de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Iza, conforme a la motivación expuesta.

SEGUNDO. Comuníquese esta determinación al Departamento de Boyacá, al Presidente del Concejo, al Alcalde y al Personero Municipal de Iza.

En firme esta providencia procédase a su archivo dejando las anotaciones y constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión ordinaria de la fecha.

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 4
MAGISTRADO: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 12 ENE 2018

REFERENCIA: ACCIÓN POPULAR
ACCIONANTES: CRISTIAN EDUARDO TOBARIA Y OTRO
DEMANDADOS: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE BOYACA Y OTROS
RADICACIÓN: 15001233300020170032500

Mediante providencia del 2 de octubre del año que avanza, se ordenó la vinculación a las presentes diligencias de una serie de personas naturales y jurídicas con injerencia en el asunto de la referencia (fl. 354-356); no obstante, verificado el plenario se constata que respecto de algunas de ellas, la empresa de correos 472 certificó que no se pudo llevar a cabo su notificación.

Por lo anterior, se requiere a la Agencia Nacional de Minería, a los efectos de que dentro de los 3 días siguientes a la notificación de esta providencia, allegue otras direcciones a las cuales puedan ser citadas las siguientes personas:

- Libardo Riaño Caro
- Demetrio Heredia Vela
- Minergéticos
- Jose Ramon Castillo
- Mayeni Lisbeth Valbuena

De otro lado, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca- CAR en el escrito de contestación de la demanda solicitó la vinculación del

Ministerio de Agricultura y de los Departamentos de Cundinamarca y Boyacá. Para justificar su dicho manifestó que las aludidas entidades, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 de la resolución 1768 de 2016[1], deberán diseñar, capacitar y poner en marcha los programas de sustitución y reconversión de las actividades agropecuarias existentes antes del 16 de junio de 2011 que se encuentran al interior del área delimitada del Páramo de Rabanal- Rio Bogotá (fl. 567).

Lo anterior justifica la vinculación del Departamento de Boyacá, del Departamento de Cundinamarca y del Ministerio de Agricultura a las presentes diligencias, por lo que se accede a tal petición.

Para efecto de lo anterior se ordena **notificar** a los representantes legales del Departamento de Boyacá, del Departamento de Cundinamarca y del Ministerio de Agricultura en los términos del artículo 199 del CPACA, para este efecto, hágase entrega de copia de la demanda, del auto admisorio del 16 de junio de 2017 y de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. _____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[1] Por medio del cual se delimita el Páramo Rabanal- Rio Bogotá y se adoptan otras determinaciones

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
DESPACHO No. 4
MAGISTRADO: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 12 DIC 2018

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD SIMPLE**
DEMANDANTE:	**GUILLERMO LEONARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**
DEMANDADO:	**DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**
REFERENCIA:	**150012333000 2017-00533- 00**

Visto el informe secretarial que antecede en el que se pone en conocimiento lo siguiente (i) Solicitud de coadyuvancia presentada por el señor DIEGO LUIS GUZMAN PACHÓN y solicitud de decreto de la medida cautelar presentada en el mencionado escrito, de la cual se corrió el respectivo traslado; (ii) Memorial poder, contestación de demanda y adición a la contestación de la demanda, presentados por el departamento de Boyacá y (iii) traslado de las excepciones.

En consecuencia el Despacho, continuando con el trámite procesal subsiguiente, procede a fijar como fecha y hora para la realización de la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011[1], el **día veintidós (22) de enero de dos mil dieciocho (2018) a las ocho de la mañana (8:00 a.m),** diligencia que se llevará a cabo en las salas de audiencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, ubicado en la Carrera 9 No. 20-62, quinto piso del Palacio de Justicia de la Ciudad de Tunja.

Para el efecto, por la Secretaria de esta Corporación, **Cítese** a las partes, apoderados y al Ministerio Público, advirtiéndose la concurrencia obligatoria a la Audiencia de los apoderados judiciales de las partes, so pena de la imposición de las sanciones a que hubiere lugar y las respectivas consecuencias procesales. [2]

---

[1] ***Artículo 180. Audiencia inicial.***

(...)

*1. **Oportunidad.** La audiencia se llevará a cabo bajo la dirección del juez o magistrado ponente dentro del mes siguiente al vencimiento del término de traslado de la demanda o del de su prorroga o del de la de reconvención o del de la contestación de excepciones o del de la contestación de la demanda de reconvención, según el caso. El auto que señale fecha y hora para la audiencia se notificará por estado y no será susceptible de recursos.*

[2] **Artículo 180.** *Audiencia inicial.*

(...)

2. **Intervinientes.** Todos los apoderados deberán concurrir obligatoriamente. También podrán asistir las partes, los terceros y el Ministerio *Público.*

Por la Secretaría de ésta Corporación, notifíquese ésta providencia por estado electrónico.

Se reconoce personería a la abogada LAUIRA VICTORIA GORRAIZ MONROY, portadora de la T.P. No. 33.377.9336 del C.S. de la J., para actuar como apoderada judicial del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ en la forma y términos del poder especial a ella conferido (fl. 744)

Aceptar la solicitud de vinculación presentada por el señor DIEGO LUIS GUZMÁN PACHÓN, para que actúe como coadyuvante dentro del presente asunto, de acuerdo a lo previsto en el artículo 233 del C.P.A.C.A. (fls. 720-743).

Finalmente, respecto de la solicitud de media cautelar presentada por el coadyuvante, y de la cual ya se corrió traslado (fl. 31 c.m.c. coadyuvante), precisa el Despacho que la misma se resolverá dentro del momento procesal definido para el efecto, en el curso de la audiencia inicial que se programa en la presente providencia, conforme a lo previsto en el artículo 180 del C.P.A.C.A.

Contra la presente providencia no procede ningún recurso de conformidad con lo previsto en el artículo 180, ordinal primero del C.P.A.C.A.

Una vez notificada la presente providencia, ingrésese nuevamente el expediente al Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

La inasistencia de quienes deban concurrir no impedirá la realización de la audiencia, salvo su aplazamiento por decisión del Juez o Magistrado Ponente.

*4. **Consecuencias de la inasistencia.** Al apoderado que no concurra a la audiencia sin justa causa se le impondrá multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja,

Acción	:	**Validez de Acuerdo Municipal**
Demandante	:	**Departamento de Boyacá**
Demandado	:	**Municipio de Mongua - Concejo Municipal**
Expediente	:	**15001-23-33-000-2017-00547-00**

Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala de Decisión No. 2 de la Corporación a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el Departamento de Boyacá en contra de la validez del Acuerdo No. 005 de 2017 "*Por el cual se autoriza al alcalde del municipio para comprometer vigencias futuras excepcionales".*

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor que por esta Corporación se declare la invalidez del Acuerdo No. 005 de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Mongua.

Así mismo, se emita pronunciamiento frente a la situación planteada y a la actuación que debe surtir posteriormente el funcionario competente del municipio, ante lo expuesto en el concepto de violación.

II. HECHOS

El Concejo Municipal de Mongua expidió el Acuerdo Municipal No. 005 de 2017, el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 3 de julio de 2017.

Al realizar la revisión jurídica ordenada en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, el Gobernador de Boyacá observa que el acto objeto de esta demanda es contrario a la ley.

Estima como normas violadas el artículo 169 de la Constitución Política, los artículos 5, 6, 7 de la Ley 819 de 2003, y el artículo 1 de la Ley 1483 de 2011.

Para explicar el concepto de violación, tomando como referente la normatividad invocada, manifiesta que el Concejo Municipal de Mongua al expedir el Acuerdo 005 de 2017 no previó los requisitos que las entidades territoriales deben tener en cuenta para hacer uso de las vigencias futuras excepcionales, como quiera que "*…autorizan al alcalde para comprometer recursos de vigencias futuras excepcionales de la vigencia 2018. 2. De otra parte, no demuestran en el acuerdo y ni anexan documentación que el proyecto de la vigencia futura a comprometer se encuentra en el Plan de Desarrollo e inscrito en el Banco de Proyectos*".

Aduce que al disponer en el artículo 1º "*Autorizar al alcalde municipal para asumir compromisos con cargo de vigencias futuras excepcionales del año fiscal 2018,* ***con el propósito de realizar el remanente del pago del proceso contractual…***" desconoció que las vigencias futuras se deben autorizar antes de efectuar el proceso contractual, "*…pues las vigencias futuras previstas en el Decreto 111 de 1996, las leyes 819 de 2003 y 1483 de 2011 y demás normas complementarias, tienen un alcance de carácter presupuestal y fiscal más no para legalizar un hecho cumplido…*".

Así pues, considera que la autorización otorgada por el Concejo Municipal de Mongua debió haber sido antes de que el alcalde hubiese efectuado la promesa de compraventa del predio y no después de haber negociado el predio.

Agrega que el título de las leyes debe corresponder precisamente a si contenido "*…y para el caso que nos ocupa el título del Acuerdo 005 de 2017*

establece que es para comprometer vigencias futuras excepcionales, y tanto los considerandos como el Acuerdo hace referencia al pago de un remanente de compra de un predio, es decir la legalización de un hecho cumplido más no el compromiso de vigencia futura excepcional, toda vez que reitero, esta autorización para comprometer vigencias futuras excepcionales debió haberse solicitado antes de efectuar la promesa de compraventa".

III. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja el 1º de agosto de 2017 siendo admitida por el despacho mediante providencia del 11 del mismo mes y año (fl. 45), sometiéndola a las ritualidades propias del proceso previstas en el artículo 151 del C.P.A.C.A. y en el Decreto 1333 de 1986.

2. Dentro del término de fijación en lista (fl. 48), se pronunciaron las siguientes autoridades:

El **Concejo Municipal de Mongua,** a través de su presidenta (f. 49), se pronuncia sobre las observaciones hechas por el Departamento de Boyacá, solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda, como quiera que junto con el proyecto de acuerdo se anexó el "*…acta No. 001 fechada 17 de abril de 2017 del Consejo Municipal de Política Económica y Fiscal (CONFIS) de Mongua el consta de 12 folios. 2. Certificado suscrito por la tesorera del municipio… en cuanto a las metas plurianuales del Marco Fiscal a mediano plazo. 3. Certificado de la secretaria de planeación y control interno y obras públicas de la viabilidad del proyecto y condiciones técnicas necesarias para el desarrollo de un programa de interés social. 4. Exposición de motivos del proyecto de acuerdo No. 005 de 2017…y que dicho criterio está determinado en el plan de desarrollo "Mongua social y progresista*".

Por último, considera que la demanda se fundamenta en la carencia de dichos documentos, "*...puesto que cuando se envían para la revisión de la oficina jurídica de la Gobernación, no conllevan los anexos mencionados*".

El **municipio de Mongua,** a través del Alcalde, se pronuncia sobre las observaciones hechas por el Departamento de Boyacá, solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda (f. 93), como quiera que las obras que se pretenden llevar a cabo con la compra del inmueble referido hacen parte del Plan de Desarrollo Municipal "Mongua Social y Progresista 2016-2019", puesto que "*…la adquisición del terreno identificado con código catastral No. 01-00-0031-0013-00 y folio de matrícula inmobiliaria No. 095-63425 hace parte del proyecto de construcción de viviendas de interés social, así como del centro de bienestar para adultos mayores y el centro de atención integral para niños y niñas".*

Expresa que el programa al que se hace referencia como parte del Plan de Desarrollo se denominó "*Vivienda digna para los monguanos*", cuya meta es adquirir un predio y habilitar el suelo para la construcción de vivienda de interés social durante el cuatrienio.

Que el compromiso de las vigencias futuras excepcionales de que trata el Acuerdo No. 005 de 2017 recae únicamente sobre el año fiscal 2018.

Por otro lado manifiesta que aún no se ha efectuado el proceso contractual aducido por la apoderada de la Gobernación de Boyacá, "*…toda vez que el remanente para pago de bien inmueble al que se hace referencia, hace parte de lo aprobado por el Concejo Municipal mediante Acuerdo No. 004 de 2017, en el que se autoriza al señor alcalde… para la compra del terreno con los fines ya señalados, de acuerdo al Plan de Desarrollo Municipal…*".

Explica que dicho remanente y el compromiso de vigencias futuras aprobado por el Concejo Municipal se dio en razón a que el monto trasladado del presupuesto no es suficiente para efectuar un pago total por la compra del terreno ya citado, reiterando que se trata de un mismo proceso contractual que a la fecha no se ha llevado a cabo, "*…toda vez que a la fecha se cuenta únicamente con avalúo sobre el predio sin que se hayan hecho negociaciones sobre el mismo*".

Por último, aduce que se trata de un proceso contractual, que corresponde a la adquisición de un bien inmueble para el cumplimiento del plan de desarrollo del municipio de Mongua, "*…para el cual el presupuesto que se traslada en el presente año fiscal no es suficiente, siendo necesario comprometer vigencias futuras de manera excepcional a efectos de poder completar la suma correspondiente al valor del avalúo del terreno a comprar. Se resalta que hasta el momento no se ha efectuado compra alguna del predio, pues se encuentra pendiente de revisión el Acuerdo con el cual se integraría el monto correspondiente al predio a adquirir, esto es, el Acuerdo No. 005 de 2017*".

3. Mediante providencia del 15 de septiembre de 2017 (fl. 103), se abrió el proceso a pruebas, tomándose con todo su valor probatorio los documentos aportados con el escrito demandatorio y su contestación. Sin término probatorio en tanto las pruebas se encuentran aportadas al proceso y las mismas satisfacen el objeto de la acción.

4. Finalmente, previo a dictar sentencia, mediante auto de 29 de noviembre de 2017, se ofició "*…de manera inmediata al Alcalde de Mongua con la finalidad que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, allegue los antecedentes del proceso contractual de compraventa del terreno identificado con código catastral No. 01-00-0031-0013-00 y folio de matrícula inmobiliaria No. 095-63425, y certifique si en la vigencia fiscal*

2017 se suscribió promesa de compraventa del citado predio o contrato de compraventa" (f. 208).

Se decide,

IV- CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO. El debate se contrae a determinar si en el presente caso se configuran los cargos formulados por la Gobernación de Boyacá contra la validez del Acuerdo No. 005 de 2017, que radican en que i) el Concejo Municipal de Mongua al expedir el citado acto no previó los requisitos que las entidades territoriales deben tener en cuenta para hacer uso de las vigencias futuras excepcionales, en el caso particular que no se anexa la documentación que acredite que el proyecto de la vigencia futura a comprometer se encuentra en el Plan de Desarrollo e inscrito en el Banco de Proyectos; el segundo cargo se refiere a que en el artículo 1º del acto demandado desconoce que las vigencias futuras excepcionales se deben autorizar antes de efectuar el proceso contractual, pues considera que la autorización otorgada por el Concejo Municipal de Mongua debió haber sido antes de que el alcalde hubiese efectuado la promesa de compraventa del predio y no después de haber negociado el predio.

De acuerdo con el problema jurídico planteado también se considera indispensable abordar previamente i) los límites del estudio del juez en sede de validez; ii) de la revisión del acuerdo; y ii) el tema de orden presupuestal de las vigencias futuras.

2. De los límites del estudio del juez en sede de validez[1]

Tratándose de una solicitud como la que ocupa esta petición, los límites de la decisión están determinados por el solicitante y de manera concreta por las razones de derecho de la solicitud de invalidez. Se plantea pues para el Tribunal la imposibilidad de un examen general de legalidad, en efecto, cuando, en ejercicio del control de legalidad o constitucionalidad, el Tribunal revisa un acuerdo objetado por el Gobernador, el estudio que corresponde a la Corporación Judicial se limita a las razones expuestas en la solicitud de invalidez, frente a los preceptos constitucionales o legales por el invocados y con los cuales **se hace la confrontación**. El examen se contrae a los **aspectos que han sido materia de inconformidad explícita**.

No corresponde en este procedimiento un análisis total, que agote las referencias a **la integridad de los preceptos constitucionales y/o legales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio**. Es necesario pues, establecer con toda claridad cuáles son los reproches del ejecutivo atendiendo **exclusivamente aquellos aspectos a los que se contrajo el escrito de invalidez presentado por el Gobernador del Departamento**, es este análisis y ningún otro el que permite determinar si la solicitud de invalidez puede ser acogida total o parcialmente.

Sobre este aspecto, resultan aplicables las consideraciones de la Corte Constitucional expuestas en la Sentencia C-1036 de 2003, dijo:

> "(…) Según constante jurisprudencia[2], el examen que realiza la Corte de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República, ante la insistencia del Congreso, por infringir la Constitución Política, **se restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos**

[1] Tema abordado por la MP. Clara Elisa Cifuentes Ortíz en la sentencia de 26 de octubre de 2017, Demandante: Departamento de Boyacá, Demandado: Municipio de Tenza. Expediente: 15001-2333-000-2017-00637– 00 **"***Invalidez Acuerdo Municipal No. 018 de 6 de julio de 2017"*

[2] Sentencias C-176, C-482, C-913, C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997, entre otras.

> **esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia**, aspectos que son los que limitan el alcance la cosa juzgada constitucional (…)" Resaltado fuera de texto.

Y en la Sentencia C- 256 de 1997 precisó "*(...) Considera la Corte que cuando, en ejercicio del control previo de constitucionalidad, ella revisa un determinado proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, el examen que efectúa hace tránsito a cosa juzgada constitucional. No obstante, como las objeciones presidenciales no siempre recaen sobre la totalidad de las normas integrantes del proyecto y, si son de carácter formal, señalan apenas unos específicos motivos de violación de la Carta,* ***los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar****, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte. Por tanto, la cosa juzgada es en tales casos relativa****, pues la exequibilidad que se declara no proviene normalmente de un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio*" (Resaltado fuera de texto).

3. **La revisión de los acuerdos municipales**

Si bien el Gobernador está facultado para solicitar que el Tribunal decida sobre la validez de los Acuerdos que considere ilegales y/o inconstitucionales, ello no lo exime del **deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia**; de forma que, cuando decide ejercer esta facultad constitucional, es coherente con el ejercicio de su función administrativa, constatar la existencia de los motivos que sustentarán la solicitud, verificando las circunstancias fácticas del caso.

No está excluida la solicitud de invalidez, ni siquiera dada su naturaleza constitucional, de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP que regula la carga de la prueba, aunque al activarse la jurisdicción, en atención al carácter anotado, el juzgador la impulse oficiosamente y decrete pruebas de oficio tendientes a establecer la verdad procesal.

Dice el artículo 82 de la Ley 136 de 1994:

> Artículo 82º.- **Revisión** por parte del Gobernador**.** Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, el alcalde **enviará copia del acuerdo** al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución**. La revisión** no suspende los efectos de los acuerdos.” (Resaltado fuera de texto)

Obsérvese que la norma constitucional impone al Gobernador el deber de **revisar** los actos de los Concejos Municipales y por **motivos** de ilegalidad o inconstitucionalidad remitirlos al Tribunal para que decida sobre su validez. **Revisar**, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa:

> **1.** tr. Ver con atención y cuidado.
> **2.** tr. Someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o reparar lo.
> **3.** tr. actualizar (‖ poner al día).

En estas condiciones, no puede aceptarse que el departamento de Boyacá sin revisar si se cumplen los requisitos legales y/o constitucionales, presumiendo su inexistencia, demande los diferentes acuerdos y decretos municipales ante esta jurisdicción.

Entonces, cuando al **revisar** el Acuerdo Municipal el Departamento considere que requiere de soportes documentales que den cuenta del acatamiento de los requisitos de ley, está en el deber de requerir lo necesario para verificar si, en

efecto, se presentan **motivos**[3] de ilegalidad o inconstitucionalidad que ameriten que el Gobernador solicite al Tribunal que examine su validez. Lo contrario va en **perjuicio del principio de eficacia, economía y celeridad** propias de **todo procedimiento administrativo**[4] y, por contera, atenta contra el deber de tutela judicial efectiva al c**ongestionar innecesariamente a la jurisdicción**, obstaculizando así la justicia material.

4. Vigencias futuras

Las vigencias futuras son operaciones de gasto, "*…de suerte que dichas apropiaciones presupuestales se entienden ejecutadas cuando se desarrolle el objeto de las mismas en cada vigencia fiscal*"[5].

En relación con la facultad de comprometer vigencias futuras, el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 señala que para comprometerlas es necesario que el Concejo por iniciativa del alcalde, las apruebe, que exista previa autorización del *"Confis"* o del organismo que haga sus veces en el municipio y que la inversión que origina el compromiso de la vigencia futura se encuentre en el Plan de Desarrollo.

Igualmente, que la autorización del *"Confis"* solamente procede si la vigencia futura no supera el período de gobierno respectivo a excepción de los proyectos de inversión que se consideren de importancia estratégica para el municipio. Finalmente, establece la prohibición a las entidades territoriales de comprometer vigencias futuras en el último año de gobierno del respectivo alcalde, excepto cuando se trate de la celebración de operaciones conexas de crédito público**.**

---

[3] http://dle.rae.es/?id=PwDYZFz "**2.** m. Causa o razón que mueve para algo."
[4] Artículo 3º numerales 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011
[55] Ley 819 de 2003, artículo 12 y Decreto 2681 de 1993, artículo 63

Así pues, el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 "*Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones"* consagra lo siguiente:

> **"Vigencias futuras ordinarias para entidades territoriales.** En las entidades territoriales, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces.
>
> Se podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:
>
> a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley;
>
> b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;
>
> c) Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.
>
> La corporación de elección popular se abstendrá de otorgar la autorización si los proyectos objeto de la vigencia futura no están consignados en el Plan de Desarrollo respectivo y si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración, se excede su capacidad de endeudamiento.
>
> La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno previamente los declare de importancia estratégica.

> En las entidades territoriales, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura, en el último año de gobierno del respectivo alcalde o gobernador, excepto la celebración de operaciones conexas de crédito público.
>
> **Parágrafo transitorio.** La prohibición establecida en el inciso anterior no aplicará para el presente período de Gobernadores y Alcaldes, siempre que ello sea necesario para la ejecución de proyectos de desarrollo regional aprobados en el Plan Nacional de Desarrollo" (subrayado fuera de texto)

Sobre el particular, es preciso atender lo manifestado por el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 23 de octubre de 2003, Radicación No.1520, que sobre el régimen vigente de compromiso de vigencias futuras conceptuó:

> "…
>
> Las anteriores disposiciones fueron modificadas por la Ley 819 de 09 de julio de 2003 - Capitulo II sobre Normas Orgánicas Presupuestales de Disciplina Fiscal-, la cual distingue el caso de vigencias futuras ordinarias referido a la asunción de obligaciones que comprenden recursos de la vigencia fiscal en curso (art. 10), del evento de las vigencias futuras extraordinarias, para casos excepcionales, cuando se asumen obligaciones sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización (art. 11).
>
> El artículo 10º., sobre vigencias futuras ordinarias, modifica el artículo 9 de la ley 179 de 1994, de cuya nueva regulación debe destacarse: a) la asignación de competencia al CONFIS para expedir el acto de autorización de la asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras cuando se inicie con presupuestos de la vigencia en curso - anteriormente en cabeza de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero que actualmente puede ser delegada conforme al parágrafo-b) la observancia de las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo, nuevo instrumento de política fiscal y presupuestal aplicable también a las entidades territoriales, el cual debe ser presentado en los departamentos anualmente (art. 5 de la ley 819), en los distritos y municipios de categoría especial 1 y 2, a partir de la vigencia de la ley 819, esto es, del 9 de junio del 2003- en los municipios de categorías 3, 4, 5 y 6 a partir de la vigencia 2005-, c) la fijación de un porcentaje mínimo del 15% de apropiación presupuestal de la vigencia en que sea autorizada y d) la limitación temporal de la autorización al respectivo periodo de gobierno. Se reitera del régimen anterior la exigencia de concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo, cuando se trate de proyectos de inversión y la exigencia de incluir en posproyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para cubrir los compromisos de gasto público futuro autorizado.

> Este tipo de asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras denominadas por la ley "ordinarias" cuenta con regulación especial aplicable a las entidades territoriales, contenida en el artículo 12 de la ley 819, del siguiente tenor… (Subrayado fuera del texto).

Para la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, sin apropiación en el presupuesto del año, en que se concede la apropiación (**vigencias futuras excepcionales**), los municipios deben cumplir con los siguientes requisitos[6]:

a. Las vigencias futuras excepcionales sólo podrán ser autorizadas para proyectos de infraestructura, energía, comunicaciones, y en gasto público social en los sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, que se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los respectivos bancos de proyectos.

b. El monto máximo de las vigencias futuras, el plazo y las condiciones de los mismos, deben consultar las metas plurianuales del marco fiscal de mediano plazo.

c. Se debe contar con la aprobación previa del Confis territorial o el órgano que haga sus veces.

d. Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional, deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

De lo expuesto, se puede colegir que la figura jurídica del compromiso de vigencias presupuestales futuras no se encuentra prohibida por la Constitución ni por la ley, y está expresamente regulada por la Ley Orgánica de

[6] Ley 819 de 2003, artículo 5º y Ley 1483 de 2011, artículo 1º.

Presupuesto, Ley 819 de 2003, diferenciándose las vigencias futuras ordinarias, esto es, para proyectos cuya ejecución se inicien con el presupuesto de la vigencia en curso, de las vigencias futuras extraordinarias, referidas a la asunción de obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.

No obstante, en todo caso, la autorización para comprometer vigencias futuras no puede superar el respectivo período de gobierno, excepto cuando se trate de proyectos de gastos de inversión que el Consejo de Gobierno previamente declare de importancia estratégica. Así mismo, en el último año de gobierno del respectivo alcalde no se podrá aprobar vigencias futuras, excepto para la celebración de operaciones conexas de crédito público.

Igualmente, para autorizar vigencias futuras ordinarias se debe indicar el monto máximo, plazo y condiciones de las mismas, lo que implica que "*al autorizar vigencias futuras se debe analizar el impacto que tienen como componente del gasto y por tanto su efecto en la determinación de la meta de Superávit Primario (de forma que la autorización de las mismas no vaya en detrimento de dicho superávit) o de la sostenibilidad de la deuda*"[7]; y también se debe disponer como mínimo de una apropiación del 15% en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas, "*…es decir, que del monto de las vigencias futuras a autorizar, la entidad territorial deberá contar como mínimo con una apropiación del 15% de ese valor, en la vigencia fiscal en la cual sean autorizadas…".*

[7] Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Oficio No. 016661-25-06-10, dirigido al Secretario de Infraestructura Física-Gobernación de Arauca, Asunto: Radicado 1-2010-036286, Tema: Contratación.

5. **CASO CONCRETO**.

En el presente caso, el Concejo Municipal de Mongua, mediante el Acuerdo No. 005 de 2017, autorizó al alcalde para (fs. 12):

"…ARTÍCULO PRIMERO: Autorizar al Alcalde Municipal para asumir compromisos con cargo de vigencias futuras excepcionales del año fiscal 2018, con el propósito de realizar el remanente del pago del proceso contractual que se manifiesta en la parte considerativa del cuerpo del presente acuerdo y que se puntualiza a continuación:

FUENTE DE FINANCIACIÓN	Concepto	Valor vigencia futura (2018)
SGP Sistema General de Participaciones – Libre Inversión	El pago del remanente de la compra del predio con código catastral No. 01-00-0031-0013-000, concordancia con el compromiso contractual	$119.521.861,4

ARTÍCULO SEGUNDO: El presente acuerdo faculta al Alcalde Municipal para apropiar los respectivos recursos en la vigencias fiscal 2018, y para atención de los compromisos contractuales contemplados. Por su temporalidad es hasta el día… 31 de julio del año 2018".

En la parte considerativa del citado acuerdo se consigna lo siguiente (f. 11):

"…Que el acuerdo que compromete vigencias futuras excepcionales de la vigencia fiscal del año 2018, corresponde a la suma de CIENTO DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTIUN MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON CUATRO CENTAVOS M/CTE ($119.521.861,4) equivalente al 25.2% y tiene como finalidad y propósito social el pago del remanente de la compra del predio con código catastral No. 01-00-0031-0013-000 y folio de matrícula inmobiliaria No. 095-63425. Y cuya finalidad es el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos… propósito fundamental del plan de desarrollo municipal "Mongua Social y progresista 2016-2019". De tal forma que se garantice realizar proyectos de infraestructura como es proyectos de vivienda de interés social y centros de bienestar social para adultos, centro día o vida y de atención integral para niños y niñas.

3. Que las vigencias futuras excepcionales presentadas por la administración municipal al honorable concejo, consulten las metas plurianuales del marco fiscal de mediano plazo y fueron autorizadas por el CONFIS, en sesión del día… 17 de abril de 2017" (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A folio 14 reposa certificación expedida el 17 de mayo de 2017 por el municipio de Mongua, en la que se hace constar que la propuesta de vigencias futuras excepcionales en cuanto a su plazo, monto y condiciones consulta las metas plurianuales del marco fiscal a mediano plazo.

Del mismo modo a folio 15 se encuentra la certificación suscrita por el contador público municipal el 27 de julio de 2016, en la que se hace constar que la disponibilidad de ingresos del municipio para la apertura de nuevos rubros y efectuar las operaciones de contra crédito y crédito, cuentan con la respectiva disponibilidad en concordancia con el Decreto 060 de diciembre 30 de 2015 "*Por medio del cual se liquida el presupuesto de ingresos y gastos del municipio de Mongua para la vigencia fiscal de 2016*".

A folio 16 reposa certificación suscrita por el Secretario de Planeación Control Interno y Obras Públicas del municipio de Mongua el 17 de mayo de 2017, en la que se hace constar que "...*el proyecto denominado adquisición o compra de un lote de terreno con las condiciones técnicas necesarias para el desarrollo de programas de vivienda de interés social en el municipio durante el cuatrienio, figura en el plan de Desarrollo "Mongua Social y Progresista" como una de las metas del producto "Vivienda Digna para los Monguanos" y por ende es la base fundamental del proyecto técnico para beneficiar a las familias monguanas*".

Del mismo modo, a folio 17 se encuentra el acta No. 1 del 17 de abril de 2017 emitida por el Consejo Municipal de Política Económica y Fiscal (CONFIS) Mongua, con el propósito de analizar la importancia de formular los proyectos de acuerdo mediante los cuales se autoriza al alcalde para comprometer vigencias futuras excepcionales y para realizar la compra de un predio, en los que se adujo lo siguiente:

> "…Que mediante Acuerdo Municipal No. 004 de 2016 "Por medio del cual se adopta el plan de desarrollo del municipio de Mongua y se dictan unas

disposiciones "Mongua Social y Progresista" dentro del concepto "vivienda Digna para los Monguanos" tiene como componente, meta de resultado, adquirir un predio y habilitar suelo para la construcción de vivienda de interés social durante el cuatrienio.

PROYECTO DE ACUERDO No. 004
(03 de mayo del 2017)
"Por medio del cual se autoriza protempore al alcalde municipal para realizar la compra de un predio"

…
Facultar al Alcalde Municipal por un término de siete (7) meses, para realizar la compra de un bien inmueble, identificado con código catastral No. 01-00-0031-00013-000 y folio de matrícula inmobiliaria No. 095-63425…

ARTÍCULO SEGUNDO. El destino del predio es esencialmente para desarrollar proyectos de inversión social… en especial para desarrollar proyectos de vivienda de interés social y centros de bienestar social para adultos, centro día o vida y de atención integral para niños y niñas.
…
ARTÍCULO TERCERO. Autorícese al Alcalde del municipio para realizar la contratación, hasta por el valor total del avalúo, es decir por la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/CTE ($472.833.825.00) con el objeto de efectuar la compra de inmueble previsto en el art primero del cuerpo del presente acuerdo, y en concordancia con el avaluado efectuado para tal fin.

ARTÍCULO CUARTO. Facúltese al alcalde municipal para efectuar las operaciones presupuestales necesarias, para apropiar los recursos, con el fin de cumplir con las obligaciones contractuales que se establezcan.
…
El predio determinado en el cuerpo del proyecto ya se le hizo el respectivo avalúo comercial por un experto inscrito en la lonja…
…
Toma la palabra la Dra, MARÍA ISABEL CORREDOR RODRÍGUEZ, contadora externa municipal, y manifiesta:

Que de acuerdo al avalúo presentado por el alcalde en esta reunión y que corresponde a la suma de… $472.833.825.00. Y dado a que el traslado presupuestal corresponde a la suma de… $ 353.311.963.60, haría falta una suma de… $119.521.861.4…
…
…la finalidad del proyecto de acuerdo en cuanto a comprometer vigencias futuras determinaría la vigencia fiscal del año 2018 y corresponde a la suma de… $119.521.861,4.
…
El alcalde toma la palabra y solicita se pronuncie, los miembros del comité sobre si se aprueban o no la presentación del proyecto de acuerdo "POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE PARA COMPROMETER VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES, y ellos por unanimidad aprueban el compromiso

de adquirir vigencias futuras excepcionales, tomando en consideración el Estatuto General de Presupuesto, el análisis del marco fiscal de mediano plazo y metas plurianuales del municipio, que el monto a apropiar corresponde a la vigencia fiscal de 2018, que el valor a comprometer de la vigencia fiscal 2018 es por la suma… $119.521.861,4. Que en cumplimiento a esta operación presupuestal se cumple con una de las metas previstas en el Plan desarrollo Mongua Social y Progresista 2016-2019. Que los criterios de inversión tienen como finalidad desarrollar obras de infraestructura.

En este orden de ideas el CONFIS del municipio, da aval para realizar el compromiso de vigencias futuras excepcionales y por ende presentar el respectivo proyecto de acuerdo al concejo".

Por último, a folio 75 se encuentra la exposición de motivos del proyecto de acuerdo por el cual se autoriza al alcalde para comprometer vigencias futuras excepcionales, en el que se consagra lo siguiente:

"…la vigencia futura excepcional solicitada corresponde al periodo fiscal del año 2018 y su valor es el monto determinado en el cuerpo del Acuerdo Municipal o sea, la suma de… $119.521.861,4. Que equivale al 25.2% del compromiso".

Descendiendo al fondo del asunto, se puede deducir, que para que se pueda hablar de autorizaciones para comprometer vigencias futuras es necesario tanto para ordinarias como para las extraordinarias **la afectación del presupuesto de las vigencias futuras, valga la redundancia**, es decir, las ordinarias para proyectos cuya ejecución **se inicie** con el presupuesto de la vigencia en curso, y las extraordinarias, referidas a la **asunción de obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras** sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.

Como se dejó consignado en el problema jurídico, el debate se contrae a determinar si en el presente caso se configuran los cargos formulados por la Gobernación de Boyacá contra la validez del Acuerdo No. 005 de 2017, que radican en que i) el Concejo Municipal de Mongua al expedir el citado acto no previó los requisitos que las entidades territoriales deben tener en cuenta para hacer uso de las vigencias futuras excepcionales, en el caso particular que no se anexa la documentación que acredite que el proyecto de la vigencia futura a

comprometer se encuentra en el Plan de Desarrollo e inscrito en el Banco de Proyectos; el segundo cargo se refiere a que en el artículo 1º del acto demandado desconoce que las vigencias futuras se deben autorizar antes de efectuar el proceso contractual, pues considera que la autorización otorgada por el Concejo Municipal de Mongua debió hacerse antes de que el alcalde hubiese efectuado la promesa de compraventa del predio y no después de haber negociado el predio.

Respecto al primer cargo formulado por el departamento de Boyacá, consistente en que no se anexó la documentación que acredite que el proyecto de la vigencia futura a comprometer se encuentra en el Plan de Desarrollo e inscrito en el Banco de Proyectos, se tiene que efectivamente el concejo municipal se debe abstener de otorgar autorización de vigencias futuras, si los proyectos objeto de las mismas no están consignados en el Plan de Inversiones del Plan de Desarrollo respectivo.

La Sala estima que de la simple lectura del acuerdo se observa que la suma de CIENTO DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTIUN MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON CUATRO CENTAVOS M/CTE ($119.521.861,4) tiene como finalidad y propósito social el pago del remanente de la compra del predio con código catastral No. 01-00-0031-0013-000 y folio de matrícula inmobiliaria No. 095-63425, cuya finalidad es el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, propósito fundamental del Plan de Desarrollo Municipal "*Mongua Social y progresista 2016-2019*", lo que no fue desvirtuado por el departamento de Boyacá con medios probatorios documentales en los que se acredite lo contrario, y que demuestren que el departamento hizo una revisión acuciosa previo a demandar.

Además, a folio 16 reposa certificación suscrita por el Secretario de Planeación Control Interno y Obras Públicas del municipio de Mongua del 17 de mayo de 2017, en la que se hace constar que "...*el proyecto denominado*

adquisición o compra de un lote de terreno con las condiciones técnicas necesarias para el desarrollo de programas de vivienda de interés social en el municipio durante el cuatrienio, figura en el plan de Desarrollo "Mongua Social y Progresista" como una de las metas del producto "Vivienda Digna para los Monguanos" y por ende es la base fundamental del proyecto técnico para beneficiar a las familias monguanas".

Igualmente mediante el Acuerdo Municipal No. 004 de 2016 "*Por medio del cual se adopta el plan de desarrollo del municipio de Mongua y se dictan unas disposiciones "Mongua Social y Progresista*" dentro del concepto "vivienda Digna para los Monguanos" tiene como componente, meta de resultado, adquirir un predio y habilitar el suelo para la construcción de vivienda de interés social durante el cuatrienio.

Asimismo, la Sala no aprecia que el Plan de Desarrollo Municipal "*Mongua Social y progresista 2016-2019"* haya sido requerido por el departamento de Boyacá al municipio de Mongua dentro del deber que tiene de revisión de los acuerdos municipales por motivos de ilegalidad o inconstitucionalidad, previo a demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En relación con la carga de la prueba en las demandas de la referencia, se tiene que si bien es facultad del Gobernador solicitar la invalidez de los acuerdos municipales cuando los considere ilegales o inconstitucionales, no es menos cierto que a tal conclusión debería llegarse cuando haya **agotado los mecanismos a su alcance para verificarlo[8].**

Entonces, en casos como el presente, cuando al **revisar** el Acuerdo Municipal el Departamento considere que requiere de soportes documentales que den cuenta del acatamiento de los requisitos de ley, se reitera, está en el deber de requerir lo necesario para verificar si, en efecto, se presentan **motivos** de

[8] Aclaración de voto de la Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz en el expediente 2016- 903-01

ilegalidad o inconstitucionalidad que ameriten que el Gobernador solicite al Tribunal que examine su validez.

Así pues, por las razones expuestas dicho cargo no tiene vocación de prosperidad.

El otro cargo radica en que el artículo 1º del Acuerdo 005 de 2017 desconoce que las vigencias futuras excepcionales se deben autorizar antes de efectuar el proceso contractual, "*…pues las vigencias futuras tienen un alcance de carácter presupuestal y fiscal más no para legalizar un hecho cumplido*.

Así pues, el departamento de Boyacá considera que la autorización otorgada por el Concejo Municipal de Mongua debió haber sido antes de que el alcalde hubiese efectuado la promesa de compraventa del predio y no después de haber negociado el predio, como quiera que el acuerdo hace referencia al pago de un remanente de compra de un predio, es decir la legalización de un hecho cumplido más no el compromiso de vigencia futura excepcional.

El municipio de Mongua alega en su defensa que aún no se ha efectuado el proceso contractual aducido por la apoderada de la Gobernación de Boyacá, "*…toda vez que el remanente para pago del bien inmueble al que se hace referencia, hace parte de lo aprobado por el Concejo Municipal mediante Acuerdo No. 004 de 2017, en el que se autoriza al señor alcalde… para la compra del terreno con los fines ya señalados, de acuerdo al Plan de Desarrollo Municipal…*".

Que dicho remanente y el compromiso de vigencias futuras aprobado por el Concejo Municipal se dio en razón a que el monto trasladado del presupuesto no es suficiente para efectuar un pago total por la compra del terreno ya citado, *"…siendo necesario comprometer vigencias futuras de manera*

excepcional a efectos de poder completar la suma correspondiente al valor del avalúo".

En el expediente reposan las siguientes pruebas decretadas de oficio:

a. Certificación suscrita por el alcalde de Mongua el 5 de diciembre de 2017, en la que se hace constar que el 12 de julio de 2017 se suscribió contrato de compraventa entre el suscrito y el señor Cesar Facundo Torres Serrano, del predio identificado con código catastral No. 01-00-00310013 y folio de matrícula inmobiliaria No. 095-6425, radicada en la Notaría Primera del circulo de Sogamoso (f. 212 vto).

b. Copia de la minuta de compraventa de bien inmueble suscrita por el municipio de Mongua y el señor Cesar Facundo Torres Serrano, cuyo objeto es que el señor Torres transfiera a título de compraventa a favor del municipio de Mongua el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 095-63425 y código catastral No. 01-00-00310013000. Se consignan las siguientes cláusulas (f. 213):

"TERCERO DESTINACIÓN: El inmueble objeto del presente contrato lo adquiere el municipio de Mongua por motivos de utilidad pública, para desarrollar proyectos de inversión social… en especial para desarrollar proyectos de vivienda de interés social y centros de bienestar social para adultos, centro día o vida y de atención integral para niños y niñas…

CUARTO VALOR: El valor del inmueble objeto de la presente compraventa es…$472.833.825 M/Cte, El municipio efectuará el pago del precio total del inmueble señalado en el artículo precedente de la siguiente forma: a) la suma de… $353.311.963,60 a la firma de la correspondiente escritura pública. b) el saldo de … $119.521.861,40 se cancelará el 15 de mayo de 2018…

QUINTO SUJECIÓN DE LOS PAGOS A LAS APROPIACIONES PRESUPUESTALES: El valor que el comprador se compromete a cancelar a la firma de la escritura púbica, estipulado en la CLAUSULA CUARTA. La suma está determinada en el Decreto No. 056 de 2016 de fecha diciembre 26 de 2016 "*Por medio del cual se liquida el Acuerdo No. 015 de 2016 "Por medio del cual se fija el presupuesto de ingresos y gastos del municipio de Mongua para la vigencia fiscal del año 2017".* De conformidad con el CDP 202 de fecha 1 de junio 2017, con el siguiente código presupuestal:

Código	Descripción	Valor
23201030101	RP Adquisición de predios para proyectos de inversión social	$353.311.963.60

Y la suma de… $119.521.861,40 determinada de conformidad con lo dispuesto en la certificación de viabilidad presupuestal No. 2017060001 de fecha primero (1) de junio del año 2017, suscrita por el alcalde y tesorera municipal, como apropiación presupuestal comprometida por conceptos de vigencias futuras fiscales 2018.

QUINTO. ENTREGA DEL INMUEBLE: El inmueble objeto del presente contrato de compraventa será entregado real y materialmente por los vendedores al comprador, dentro de los tres (3) días siguientes a la firma de la presente escritura pública…
…
DÉCIMA TERCERO- OTORGAMIENTO Y AUTOIZACIÓN. Leída esta escritura por los comparecientes habiéndosele hecho saber las advertencias sobre las formalidades legales y trámites de rigor, le imparten su aprobación, junto con la suscrita notaría que en esta forma lo autoriza. Presente el comprador MUNICIPIO DE MONGUA… en calidad de Alcalde Municipal y representante legal del municipio de Mongua, de las condiciones ya anotadas, declaró la presente escritura púbica y la venta que por medio de ella se hace por encontrarla a su entera satisfacción".

c. Copia de la Resolución No. 060 de 29 de agosto de 2017 "*Por medio de la cual se efectúa un pago*", expedida por la alcaldía de Mongua, en la que se consigna en la parte considerativa y resolutiva lo siguiente (f. 214):

"…12. Que mediante la Resolución No. 033 de fecha 2 de junio del año 2017, "POR MEDIO DEL CUAL SE JUSTIFICA EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DIRECTA" con el fin de adquirir el predio identificado con código catastral No. 01-00-001-0013-000 (f. 247)…

13. Que mediante la Resolución No. 035 de fecha 5 de junio del año 2017 "POR MEDIO DEL CUAL SE HACE UNA OFERTA DE COMPRA DE UN BIEN INMUEBLE" al señor CESAR FACUNDO TORRES… y el precio que se dará en contraprestación por el inmueble es de… $472.833.825 M/CTE, según avalúo comercial y negociación realizada mediante acta NEG/001-2017, de fecha 12 de abril de 2017. La cual fue notificada al futuro vendedor y aceptada por el mismo (f. 242).

14. Que se firmó un contrato de compraventa celebrado entre CESAR FACUNDO TORRES SERRANO y el MUNICIPIO DE MONGUA-BOYACÁ, presentada ante la notaría primera municipal, para la respectiva escritura.

15. Que el día trece (13) de julio de 2017, se expidió la escritura No. 1047, legalizando así la adquisición y/o compra del predio… celebrado entre CESAR FACUNDO TORRES SERRANO Y EL MUNICIPIO DE MONGUA –BOYACÁ.

16. Que el día 14 de julio del año 2017, la administración municipal expidió la Resolución No. 043 por medio del cual se hace la "CANCELACIÓN OFERTA DE COMPRA INMUEBLE" de la Resolución No. 035 del 10 de junio de 2017 inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria No. 095-63425 formulada al señor CESAR FACUNDO… por la totalidad de los derechos y acciones del lote (f. 239 y 241)…

17. Que mediante acta de recibido y entrega de fecha 29 de agosto del año 2017, se determinó el cumplimiento de los requisitos legales para la adquisición y compra del predio… celebrado entre CESAR FACUNDO… y el municipio de mongua.
…

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. FORMA DE PAGO: ORDENAR EL PAGO del precio total del inmueble… de la siguiente forma: a) La suma de… $353.311.963 a la firma de la correspondiente escritura pública.

PARÁGRAFO: Y la suma de… $119.521.861 determinada de conformidad con lo dispuesto en la certificación de viabilidad presupuestal No. 2017060001 de fecha 1 de junio de 2017, suscrita por el Alcalde y Tesorera Municipal, como apropiación presupuestal comprometida por conceptos de vigencias futuras".

d. Certificación suscrita el 1° de junio de 2017 por el alcalde y tesorera municipal de Mongua, en la que se hace constar que el ente territorial cuenta con viabilidad financiera para respaldad el segundo y último pago correspondiente a la inversión del proyecto, cuyo objeto es la compra de predios para proyectos de inversión social, de vivienda de interés social y centros de atención integral del adulto mayor o vida y bienestar social de niños y niñas. Que la apropiación presupuestal se encuentra comprometida por concepto de vigencias futuras con cargo al

presupuesto de rentas y gastos del municipio de Mongua para la vigencia fiscal 2018 y asciende a la suma de $119.521.861.40 (f. 251)

De acuerdo con las pruebas allegadas se puede concluir que i) efectivamente mediante el Acuerdo No. 004 de 2017 se autorizó al alcalde de Mongua para que comprara un terreno por el valor total del avalúo, es decir, por la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/CTE ($472.833.825.00);

ii) Que en el mismo acuerdo se facultó al alcalde municipal para efectuar las operaciones presupuestales necesarias para apropiar los recursos, con el fin de cumplir con las citadas obligaciones contractuales;

iii) En consecuencia, mediante el Acuerdo No. 005 de **30 de mayo de 2017** -demandado- se autorizó al alcalde municipal de Mongua para asumir compromisos con cargo a vigencias futuras del año fiscal 2018, con el fin de realizar **el pago del remanente de la compra del citado terreno** por la suma de $119.521.861,4.

iii) De acuerdo con lo dicho por la Dra. María Isabel Corredor Rodríguez, contadora externa municipal, como el avalúo presentado por el alcalde corresponde a la suma de $472.833.825.00, y el traslado presupuestal corresponde a la suma de $353.311.963.60, hace falta la suma de $119.521.861.4 para efectuar el pago total del citado terreno;

iv) Se profirió la Resolución No. 033 de 2 de junio del año 2017, "POR MEDIO DEL CUAL SE JUSTIFICA EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DIRECTA" con el fin de adquirir el citado predio.

v) El 5 de junio del año 2017 se profiere la Resolución No. 035 "POR MEDIO DEL CUAL SE HACE UNA OFERTA DE COMPRA DE UN BIEN INMUEBLE".

vi) El 12 de julio de 2017 se suscribió contrato de compraventa entre el municipio y el señor Cesar Facundo Torres Serrano, del predio identificado con código catastral No. 01-00-00310013 y folio de matrícula inmobiliaria No. 095-6425. En el que se estableció que el pago del precio total del mencionado inmueble se haría de la siguiente forma: a) la suma de $353.311.963,60 a la firma de la escritura pública. b) Y el saldo de $119.521.861,40 se cancelará el 15 de mayo de 2018 con certificación de viabilidad presupuestal No. 2017060001 de fecha primero (1) de junio del año 2017, suscrita por el alcalde y tesorera municipal, como apropiación presupuestal comprometida por conceptos de vigencias futuras fiscales 2018.

vii) Que el 13 de julio de 2017 se expidió la escritura No. 1047 legalizando la adquisición y/o compra del predio (no está probado que la escritura se haya registrado, en los certificados aportados se observa es la cancelación de la oferta de compra).

viii) El 14 de julio del año 2017 la administración municipal expidió la Resolución No. 043 por medio de la cual se hace la "CANCELACIÓN OFERTA DE COMPRA INMUEBLE" de la Resolución No. 035 del 10 de junio de 2017 inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria.

IX) Finalmente el 29 de agosto de 2017 "*Por medio de la cual se efectúa un pago*", es decir, se ordena el pago del precio total del inmueble así: La suma de $353.311.963 a la firma de la correspondiente escritura pública. Y la suma de $119.521.861, como apropiación presupuestal comprometida por conceptos de vigencias futuras.

Así pues, la Sala estima que el presente caso se asumió obligaciones que afectan el presupuesto de la vigencia futura (2018), cuya **ejecución** se inicia con presupuesto de la vigencia en curso (2017) y el objeto del compromiso se lleva a cabo en cada una de ellas (2017 y 2018), en el 2017 se suscribió

contrato de compraventa, se elevó escritura pública (no hay prueba de su registro) y se pagó la suma de $353.311.963,60, y en el 2018 se tiene previsto el pago de la suma de $ 119.521.861,40 para el 15 de mayo.

Luego, en el presente caso no se trata de vigencias futuras excepcionales**, sino de ordinarias**, toda vez que estas últimas hacen referencia a casos particulares, como obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, **sin apropiación en el presupuesto del año en que se conceden**.

Por tanto, se puede concluir que en el presente caso el alcalde municipal de Mongua realizó en la vigencia fiscal de 2017 -por facultad previa del concejo municipal- las operaciones presupuestales necesarias para apropiar la suma de $353.311.963.60, de conformidad con el CDP de fecha 1 de junio 2017, con código presupuestal 23201030101, quedando un remanente para la compra del mencionado terreno por la suma de $119.521.861,4, es decir, inició la ejecución de la compra del mentado terreno -para realizar en el un proyecto de vivienda de interés social y centros de bienestar social para adultos, centro día o vida y de atención integral para niños y niñas- con presupuesto de la vigencia en curso (2017).

En este orden de ideas, se puede concluir que el cargo formulado por el departamento de Boyacá no tiene vocación de prosperidad porque el municipio de Mongua acreditó que la afirmación de que la autorización otorgada por el Concejo Municipal de Mongua se dio con posterioridad a que el alcalde celebrara la promesa de compraventa del citado predio, es decir, después de haber negociado el lote, legalizando un hecho cumplido más no el compromiso de vigencia futura, NO **ES CIERTA**.

La Sala observa que el departamento hace afirmaciones sin ningún sustento probatorio, incumpliendo el deber que tiene de previamente a demandar requerir las pruebas respectivas al municipio con la finalidad de tener la certeza de que el acuerdo es inconstitucional e ilegal, y no demandar basando sus cargos solo en afirmaciones sin ningún fundamento, lo que ocasiona la congestión de la administración de justicia.

Así pues, es evidente que en el presente caso, la autorización de comprometer vigencias futuras se hizo mucho antes de que se hiciera la oferta de compra del inmueble, de suscribirse el contrato de compraventa y de expedirse la respectiva escritura pública, lo cual concuerda con lo alegado por el municipio de Mongua en su defensa, es decir, que para la fecha de proferirse el acuerdo demandado solo contaban con el avalúo del predio y que no se había efectuado el proceso contractual aducido por la apoderada de la Gobernación de Boyacá.

Aclarado lo anterior, se concluye que el cargo formulado por el departamento de Boyacá podría tener vocación de prosperidad, toda vez que efectivamente en el presente caso no se está frente a vigencias futuras excepcionales, como quiera que el acuerdo hace referencia al pago de un remanente de compra de un predio equivalente al 25.2%, y como se dejó expuesto para que constituya vigencia futura excepcional tiene que apropiarse el 100% en la vigencia futura (2018), sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización (2017), lo que por sí solo no causa la invalidez del acuerdo No. 005 de 2017, ya que el departamento de Boyacá debía no solo limitarse a decir que la autorización dada por el Concejo Municipal al alcalde de Mongua no correspondía a vigencias futuras excepcionales, sino también indicar en el presente caso los requisitos incumplidos como **vigencias futuras ordinarias, que es lo que realmente se autorizó.**

En estas condiciones, no puede aceptarse que el departamento de Boyacá sin revisar si se cumplen los requisitos legales y/o constitucionales, presumiendo su inexistencia, demande los diferentes acuerdos y decretos municipales ante esta jurisdicción.

Por las razones expuestas, la Sala considera que el departamento de Boyacá no logró desvirtuar la presunción de legalidad del Acuerdo No. 005 de 2017, por lo que se negarán las súplicas de la demanda, y se declarará su validez, en el entendido que se autorizó al alcalde para asumir compromisos con cargo a vigencias futuras ordinarias.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. NEGAR las súplicas de la demanda y se **DECLARA la validez** del Acuerdo 005 de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Mongua, en el entendido que se autorizó al alcalde para asumir compromisos con cargo a vigencias futuras ordinarias.

SEGUNDO. Comuníquese esta determinación al Departamento de Boyacá, al Presidente del Concejo, al Alcalde y al Personero Municipal de Mongua.
En firme esta providencia procédase a su archivo dejando las anotaciones y constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión ordinaria de la fecha.

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja,

Acción	:	**Validez de Acuerdo Municipal**
Demandante	:	**Departamento de Boyacá**
Demandado	:	**Municipio de Zetaquira - Concejo Municipal**
Expediente	:	**15001-23-33-000-2017-00564-00**

Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala de Decisión No. 2 de la Corporación a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el Departamento de Boyacá en contra de la validez del Acuerdo No. 014 del 19 de junio de 2017 "*Por medio del cual se conceden facultades extraordinarias al señor alcalde municipal de Zetaquira para comprometer vigencias futuras ordinarias".*

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor que por esta Corporación se declare la invalidez del Acuerdo No. 014 del 19 de junio de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Zetaquira.

Así mismo, se emita pronunciamiento frente a la situación planteada y a la actuación que debe surtir posteriormente el funcionario competente del municipio, ante lo expuesto en el concepto de violación.

II. HECHOS

El Concejo Municipal de Zetaquira expidió el Acuerdo Municipal No. 14 de 19 de junio de 2017, el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 7 de julio de 2017.

Al realizar la revisión jurídica ordenada en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, el Gobernador de Boyacá observa que el acto objeto de esta demanda es contrario a la ley.

Estima como normas violadas el artículo 169 de la Constitución Política, los artículos 23, 14, 76, 89 y 109 del Decreto 111 de 1996, los artículos 8 y 12 de la Ley 819 de 2003, el artículo 1 de la Ley 1483 de 2011 y el artículo 3 del Decreto 4836 de 2011.

Para explicar el concepto de violación, tomando como referente la normatividad invocada, manifiesta que la vigencia futura a comprometer no es ordinaria sino excepcional, toda vez que el presupuesto que se va a comprometer es el del 2018.

Estima que en caso de ser una vigencia futura ordinaria no dejan ninguna apropiación para este año (2017).

Aduce que el citado acuerdo desconoce los requisitos que las entidades territoriales deben tener en cuenta para hacer uso de las vigencias futuras, así pues, afirma que el citado acuerdo en su artículo 1º dispone autorizar al alcalde municipal de Zetaquira para asumir obligaciones con cargo a las vigencias futuras ordinarias en cumplimiento del plan de desarrollo 2016-2019 "***Juntos por una Zetaquira productiva***", para cofinanciar los convenios suscritos por el municipio que tendrán plazo de ejecución en vigencia 2018 de acuerdo a la vigencias futuras ordinarias de ejecución y sostenibilidad de obras de infraestructura en desarrollo del programa para el mejoramiento de vivienda y cumplimiento de los convenios asignados, "…*sin establecer el monto del 15% del total del valor de la obra a ejecutar*, *desconociendo lo que sobre el particular prevé el artículo 12 de la Ley 819 de 2003*.

Agrega que en el presente caso no se trata de vigencias futuras ordinarias en los términos del artículo 12 de la Ley 819 de 2003, "*...por cuanto su ejecución*

no inicia en la vigencia que se concede la autorización, pues no refleja el monto máximo de la vigencia futura, ni establece cuánto presupuestaron para éste año para cumplir con el 15% del total de las obras a ejecutar, tampoco anexan certificación previa del CONFIS o por quien éste delegue para comprometer vigencias futuras, igualmente no establecen que obras van a ejecutar y que éstas se encuentran en el plan de desarrollo del municipio y que están inscritas en el banco de proyectos".

III. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja el 3 de agosto de 2017 siendo admitida por el despacho mediante providencia del 10 del mismo mes y año (fl. 38), sometiéndola a las ritualidades propias del proceso previstas en el artículo 151 del C.P.A.C.A. y en el Decreto 1333 de 1986.

2. Dentro del término de fijación en lista (fl. 41), se pronunciaron las siguientes autoridades:

El **municipio de Zetaquira,** a través de abogado (f. 52), se pronuncia sobre las observaciones hechas por el Departamento de Boyacá, solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda, como quiera que la autorización de comprometer vigencias futuras se realizó con el único propósito de agilizar el accionar estatal y beneficiar a la comunidad del ente territorial.

Señala que parte de los recursos se van a ejecutar dentro de la presente vigencia y la otra en la siguiente, reiterando que se está frente a unas vigencias futuras ordinarias y no excepcionales.

Así pues, asegura que el Acuerdo No. 014 de 19 de junio de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Zetaquira cumple con las exigencias establecidas en la norma legal.

El **Concejo Municipal de Zetaquira,** a través de abogado, se pronuncia sobre las observaciones hechas por el Departamento de Boyacá, solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda (f. 58 a 59), como quiera que vieron viable la posibilidad de autorizar al alcalde municipal para comprometer vigencias futuras, en el sentido "…*de apoyar, acompañar y no entorpecer por un trámite administrativo la gestión y ejecución de proyecto para beneficio del municipio"*.

Por último, aduce que "*...se aprobó de acuerdo al análisis que se realizó, pero que si es muy cierto que no se puntualizó lo referente al tema si eran ordinarias o excepcionales, comprendimos todos que se trataban de un proyecto de comprometer vigencias ordinarias en el sentido de su ejecución el cual se iniciaba desde el presente año, cosa distinta la manifestación de la parte actora, en el proyecto del centro de integración ciudadana*".

La **personería municipal de Zetaquira,** a través del personero (f. 65), se pronuncia sobre las observaciones hechas por el Departamento de Boyacá, considerando que el citado acuerdo cumple las exigencias establecidas en la normatividad legal, según lo expuesto en la parte motiva del mismo.

3. Mediante providencia del 15 de septiembre de 2017 (fl. 103), se abrió el proceso a pruebas, tomándose con todo su valor probatorio los documentos aportados con el escrito demandatorio y su contestación. Sin término probatorio en tanto las pruebas se encuentran aportadas al proceso y las mismas satisfacen el objeto de la acción.

4. Con posterioridad, el despacho mediante auto de 29 de noviembre de 2017 consideró que previo a dictar sentencia decretaría las siguientes pruebas (f. 106):

> "…Oficiar de manera inmediata al Presidente del Concejo Municipal de Zetaquira con la finalidad que, dentro de los tres (3) días siguientes a la

notificación de esta providencia, certifique si previo a autorizar mediante el Acuerdo No. 014 de 19 de junio de 2017 al alcalde municipal de ese ente territorial para comprometer vigencias futuras, para cofinanciar obras de infraestructura en desarrollo del programa para el mejoramiento de vivienda, por el valor de $1.463.128.814 pesos, se solicitó autorización al CONFIS.

Oficiar al Consejo Municipal de Política Económica y Fiscal CONFIS del municipio de Zetaquira con la finalidad que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, certifique si aprobó vigencias futuras para el municipio, en particular para el proyecto de sostenibilidad de obras de infraestructura en desarrollo del Plan de Desarrollo 2016- 2019 "Juntos por una Zetaquira productiva" para el mejoramiento de vivienda".

Se decide,

IV- CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO. El debate se contrae a determinar si en el presente caso se configuran los cargos formulados por la Gobernación de Boyacá contra la validez del Acuerdo No. 014 de 19 de junio de 2017, que radican en que i) la vigencia futura a comprometer no es ordinaria sino excepcional, toda vez que el presupuesto que se va a comprometer es del 2018; ii) que en caso de ser vigencias futuras ordinarias no se estableció el monto a comprometer del 15 % del total del valor de la obra a ejecutar; tampoco se anexa la certificación previa del CONFIS; ni las obras que se van a ejecutar y que éstas se encuentran en el plan de desarrollo del municipio y que están inscritas en el banco de proyectos.

De acuerdo con el problema jurídico planteado también se considera indispensable abordar previamente i) los límites del estudio del juez en sede de validez; ii) de la revisión del acuerdo; y ii) el tema de orden presupuestal de las vigencias futuras.

2. De los límites del estudio del juez en sede de validez[1]

Tratándose de una solicitud como la que ocupa esta petición, los límites de la decisión están determinados por el solicitante y de manera concreta por las razones de derecho de la solicitud de invalidez. Se plantea pues para el Tribunal la imposibilidad de un examen general de legalidad, en efecto, cuando, en ejercicio del control de legalidad o constitucionalidad, el Tribunal revisa un acuerdo objetado por el Gobernador, el estudio que corresponde a la Corporación Judicial se limita a las razones expuestas en la solicitud de invalidez, frente a los preceptos constitucionales o legales por el invocados y con los cuales **se hace la confrontación**. El examen se contrae a los **aspectos que han sido materia de inconformidad explícita**.

No corresponde en este procedimiento un análisis total, que agote las referencias a **la integridad de los preceptos constitucionales y/o legales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio**. Es necesario pues, establecer con toda claridad cuáles son los reproches del ejecutivo atendiendo **exclusivamente aquellos aspectos a los que se contrajo el escrito de invalidez presentado por el Gobernador del Departamento**, es este análisis y ningún otro el que permite determinar si la solicitud de invalidez puede ser acogida total o parcialmente.

Sobre este aspecto, resultan aplicables las consideraciones de la Corte Constitucional expuestas en la Sentencia C-1036 de 2003, dijo:

> "(…) Según constante jurisprudencia[2], el examen que realiza la Corte de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República, ante la insistencia del Congreso, por infringir la Constitución Política, **se restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos**

[1] Tema abordado por la MP. Clara Elisa Cifuentes Ortíz en la sentencia de 26 de octubre de 2017, Demandante: Departamento de Boyacá, Demandado: Municipio de Tenza. Expediente: 15001-2333-000-2017-00637– 00 **"***Invalidez Acuerdo Municipal No. 018 de 6 de julio de 2017"*

[2] *Sentencias C-176, C-482, C-913, C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997, entre otras.*

> **esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia**, aspectos que son los que limitan el alcance la cosa juzgada constitucional (…)" Resaltado fuera de texto.

Y en la Sentencia C- 256 de 1997 precisó "*(...) Considera la Corte que cuando, en ejercicio del control previo de constitucionalidad, ella revisa un determinado proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, el examen que efectúa hace tránsito a cosa juzgada constitucional. No obstante, como las objeciones presidenciales no siempre recaen sobre la totalidad de las normas integrantes del proyecto y, si son de carácter formal, señalan apenas unos específicos motivos de violación de la Carta,* ***los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar****, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte. Por tanto, la cosa juzgada es en tales casos relativa****, pues la exequibilidad que se declara no proviene normalmente de un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio*" (Resaltado fuera de texto).

3. **La revisión de los acuerdos municipales**

Si bien el Gobernador está facultado para solicitar que el Tribunal decida sobre la validez de los Acuerdos que considere ilegales y/o inconstitucionales, ello no lo exime del **deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia**; de forma que, cuando decide ejercer esta facultad constitucional, es coherente con el ejercicio de su función administrativa, constatar la existencia de los motivos que sustentarán la solicitud, verificando las circunstancias fácticas del caso.

No está excluida la solicitud de invalidez, ni siquiera dada su naturaleza constitucional, de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP que regula la carga de la prueba, aunque al activarse la jurisdicción, en atención al carácter anotado, el juzgador la impulse oficiosamente y decrete pruebas de oficio tendientes a establecer la verdad procesal.

Dice el artículo 82 de la Ley 136 de 1994:

> Artículo 82º.- **Revisión** por parte del Gobernador**.** Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, el alcalde **enviará copia del acuerdo** al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución**. La revisión** no suspende los efectos de los acuerdos.” (Resaltado fuera de texto)

Obsérvese que la norma constitucional impone al Gobernador el deber de **revisar** los actos de los Concejos Municipales y por **motivos** de ilegalidad o inconstitucionalidad remitirlos al Tribunal para que decida sobre su validez. **Revisar**, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa:

> **1.** tr. Ver con atención y cuidado.
> **2.** tr. Someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o reparar lo.
> **3.** tr. actualizar (‖ poner al día).

En estas condiciones, no puede aceptarse que el departamento de Boyacá sin revisar si se cumplen los requisitos legales y/o constitucionales, presumiendo su inexistencia, demande los diferentes acuerdos y decretos municipales ante esta jurisdicción.

Entonces, cuando al **revisar** el Acuerdo Municipal el Departamento considere que requiere de soportes documentales que den cuenta del acatamiento de los requisitos de ley, está en el deber de requerir lo necesario para verificar si, en

efecto, se presentan **motivos**[3] de ilegalidad o inconstitucionalidad que ameriten que el Gobernador solicite al Tribunal que examine su validez. Lo contrario va en **perjuicio del principio de eficacia, economía y celeridad** propias de **todo procedimiento administrativo**[4] y, por contera, atenta contra el deber de tutela judicial efectiva al c**ongestionar innecesariamente a la jurisdicción**, obstaculizando así la justicia material.

4**. Vigencias futuras**

Las vigencias futuras son operaciones de gasto, "*…de suerte que dichas apropiaciones presupuestales se entienden ejecutadas cuando se desarrolle el objeto de las mismas en cada vigencia fiscal*"[5].

En relación con la facultad de comprometer vigencias futuras, el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 señala que para comprometerlas es necesario que el Concejo por iniciativa del alcalde, las apruebe, que exista previa autorización del *"Confis"* o del organismo que haga sus veces en el municipio y que la inversión que origina el compromiso de la vigencia futura se encuentre en el Plan de Desarrollo.

Igualmente, que la autorización del *"Confis"* solamente procede si la vigencia futura no supera el período de gobierno respectivo a excepción de los proyectos de inversión que se consideren de importancia estratégica para el municipio. Finalmente, establece la prohibición a las entidades territoriales de comprometer vigencias futuras en el último año de gobierno del respectivo alcalde, excepto cuando se trate de la celebración de operaciones conexas de crédito público**.**

[3] http://dle.rae.es/?id=PwDYZFz "**2.** m. Causa o razón que mueve para algo."
[4] Artículo 3º numerales 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011
[55] Ley 819 de 2003, artículo 12 y Decreto 2681 de 1993, artículo 63

Así pues, el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 "*Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones"* consagra lo siguiente:

> **"Vigencias futuras ordinarias para entidades territoriales.** En las entidades territoriales, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces.
>
> Se podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:
>
> a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley;
>
> b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;
>
> c) Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.
>
> La corporación de elección popular se abstendrá de otorgar la autorización si los proyectos objeto de la vigencia futura no están consignados en el Plan de Desarrollo respectivo y si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración, se excede su capacidad de endeudamiento.
>
> La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno previamente los declare de importancia estratégica.

En las entidades territoriales, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura, en el último año de gobierno del respectivo alcalde o gobernador, excepto la celebración de operaciones conexas de crédito público.

Parágrafo transitorio. La prohibición establecida en el inciso anterior no aplicará para el presente período de Gobernadores y Alcaldes, siempre que ello sea necesario para la ejecución de proyectos de desarrollo regional aprobados en el Plan Nacional de Desarrollo" (subrayado fuera de texto)

Sobre el particular, es preciso atender lo manifestado por el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 23 de octubre de 2003, Radicación No.1520, que sobre el régimen vigente de compromiso de vigencias futuras conceptuó:

"…

Las anteriores disposiciones fueron modificadas por la Ley 819 de 09 de julio de 2003 - Capitulo II sobre Normas Orgánicas Presupuestales de Disciplina Fiscal-, la cual distingue el caso de vigencias futuras ordinarias referido a la asunción de obligaciones que comprenden recursos de la vigencia fiscal en curso (art. 10), del evento de las vigencias futuras extraordinarias, para casos excepcionales, cuando se asumen obligaciones sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización (art. 11).

El artículo 10º., sobre vigencias futuras ordinarias, modifica el artículo 9 de la ley 179 de 1994, de cuya nueva regulación debe destacarse: a) la asignación de competencia al CONFIS para expedir el acto de autorización de la asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras cuando se inicie con presupuestos de la vigencia en curso - anteriormente en cabeza de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero que actualmente puede ser delegada conforme al parágrafo-b) la observancia de las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo, nuevo instrumento de política fiscal y presupuestal aplicable también a las entidades territoriales, el cual debe ser presentado en los departamentos anualmente (art. 5 de la ley 819), en los distritos y municipios de categoría especial 1 y 2, a partir de la vigencia de la ley 819, esto es, del 9 de junio del 2003- en los municipios de categorías 3, 4, 5 y 6 a partir de la vigencia 2005-, c) la fijación de un porcentaje mínimo del 15% de apropiación presupuestal de la vigencia en que sea autorizada y d) la limitación temporal de la autorización al respectivo periodo de gobierno. Se reitera del régimen anterior la exigencia de concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo, cuando se trate de proyectos de inversión y la exigencia de incluir en posproyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para cubrir los compromisos de gasto público futuro autorizado.

> Este tipo de asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras denominadas por la ley "ordinarias" cuenta con regulación especial aplicable a las entidades territoriales, contenida en el artículo 12 de la ley 819, del siguiente tenor… (Subrayado fuera del texto).

Para la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, sin apropiación en el presupuesto del año, en que se concede la apropiación (**vigencias futuras excepcionales**), los municipios deben cumplir con los siguientes requisitos[6]:

a. Las vigencias futuras excepcionales sólo podrán ser autorizadas para proyectos de infraestructura, energía, comunicaciones, y en gasto público social en los sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, que se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los respectivos bancos de proyectos.

b. El monto máximo de las vigencias futuras, el plazo y las condiciones de los mismos, deben consultar las metas plurianuales del marco fiscal de mediano plazo.

c. Se debe contar con la aprobación previa del Confis territorial o el órgano que haga sus veces.

d. Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional, deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

---

[6] Ley 819 de 2003, artículo 5º y Ley 1483 de 2011, artículo 1º.

De lo expuesto, se puede colegir que la figura jurídica del compromiso de vigencias presupuestales futuras no se encuentra prohibida por la Constitución ni por la ley, y está expresamente regulada por la Ley Orgánica de Presupuesto, Ley 819 de 2003, diferenciándose las vigencias futuras ordinarias, esto es, para proyectos cuya ejecución se inicien con el presupuesto de la vigencia en curso, de las vigencias futuras extraordinarias, referidas a la asunción de obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.

No obstante, en todo caso, la autorización para comprometer vigencias futuras no puede superar el respectivo período de gobierno, excepto cuando se trate de proyectos de gastos de inversión que el Consejo de Gobierno previamente declare de importancia estratégica. Así mismo, en el último año de gobierno del respectivo alcalde no se podrá aprobar vigencias futuras, excepto para la celebración de operaciones conexas de crédito público.

Igualmente, para autorizar vigencias futuras ordinarias se debe indicar el monto máximo, plazo y condiciones de las mismas, lo que implica que "*al autorizar vigencias futuras se debe analizar el impacto que tienen como componente del gasto y por tanto su efecto en la determinación de la meta de Superávit Primario (de forma que la autorización de las mismas no vaya en detrimento de dicho superávit) o de la sostenibilidad de la deuda*"[7]; y también se debe disponer como mínimo de una apropiación del 15% en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas, "*…es decir, que del monto de las vigencias futuras a autorizar, la entidad territorial deberá contar como mínimo con una apropiación del 15% de ese valor, en la vigencia fiscal en la cual sean autorizadas…".*

[7] Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Oficio No. 016661-25-06-10, dirigido al Secretario de Infraestructura Física-Gobernación de Arauca, Asunto: Radicado 1-2010-036286, Tema: Contratación.

5. **CASO CONCRETO**.

En el presente caso, el Concejo Municipal de Zetaquira, mediante el Acuerdo No. 014 de 19 de junio de 2017, autorizó al alcalde para (fs. 13):

"…para asumir obligaciones con cargo a vigencias futuras ordinarias en cumplimiento al Plan de desarrollo 2016-2019 "***Juntos por una Zetaquira productiva***", para cofinanciar los convenios suscritos por el municipio que tendrán plazo de ejecución en la vigencia 2018 de acuerdo a las:

- Vigencias futuras ordinarias de ejecución y sostenibilidad de obras de infraestructura en desarrollo del programa para el mejoramiento de vivienda y cumplimiento de los convenios asignados.

Año	**Valor coofinanciación**
2018	1.463.128.814

En la parte considerativa del citado acuerdo se consigna lo siguiente (f. 13):

"…6. Que para la administración municipal de Zetaquira es importante desarrollar obras que beneficien a la población buscando promover la convivencia ciudadana, a través de la ejecución de un CENTRO DE INTEGRACIÓN CIUDADANA, que será ejecutado en la vereda Guanata, Sector Portachuelo, por valor de NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS M/CTE ($959.400.000) por consiguiente se suscribió el convenio M-10861 de 2017 entre la Nación – Ministerio del Interior – Fondo Nacional de Convivencia Ciudadana - FONSECON y el Municipio de Zetaquira, l**a ejecución de este convenio comprenderá vigencia del año 2018.**

7. Que de la misma forma para la administración municipal es importante mejorar la calidad de vida de la comunidad, por lo cual debe implementar programas que brinden bienestar a la población más necesitada del municipio, razón por la cual se suscribió convenio interadministrativo No. 459, y un otro si al mismo convenio con el departamento administrativo para la prosperidad social- Fondo de inversión para la paz, por el valor de CUATROCIENTOS VEINTITRES MILLONES SETECIENTOS VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS CATORCE PESOS ($423.728.814); el cual en su cláusula segunda establece como **plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2018**.

8. Que en aplicación al convenio firmado con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, se debe destinar un dinero el cual **será ejecutado en la vigencia 2018,** y tiene como fin realizar unos MEJORAMIENTOS DE VIVIENDA por la suma de Ochenta Millones de Pesos $80.000.000.

9. Que los proyectos para los cuales se están solicitando vigencias futuras están contemplados en Plan de Desarrollo Municipal 2016-2019 "**Juntos por una**

Zetaquira productiva" y son de vital importancia para el municipio, corriéndose el riesgo de inutilizar los recursos, considerando que dentro de las obligaciones del municipio de Zetaquira se encuentra ejecutar las obras y demás actividades establecidas en los mismos.

10. **Que la afectación presupuestal debe hacerse con cargo al presupuesto de la vigencia 2018**; todo esto encaminado a dar continuidad a la Política Social que viene desarrollando tanto el Gobierno Nacional, como el Departamental y el local, conllevando el correspondiente deterioro de las condiciones de vida de los grupos menos favorecidos y vulnerables del municipio.

11. Que adicionalmente la Secretaria de Hacienda Municipal expidió un concepto acerca de los rubros que se afectarán con este compromiso, con lo cual se cumple a cabalidad este requisito" (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A folio 110 reposa certificación suscrita por el alcalde municipal de Zetaquira y los Secretarios de Hacienda, de Planeación y de Gobierno, miembros del Consejo Municipal de Política Económica y Fiscal CONFIS, el 5 de diciembre de 2017, en la que se hace constar que "*...efectivamente en comité realizado el día **8 de junio del año 2017** se aprobó las vigencias futuras para el proyecto de sostenibilidad de obras de infraestructura para realizar mejoramientos de vivienda, en desarrollo del Plan de Desarrollo "Juntos por una Zetaquira productiva", tal y como se demuestra con la copia del mismo y las certificaciones que en su momento fueron dadas por la Oficina de Planeación".*

A folio 111 reposa certificación suscrita por el Presidente del Concejo Municipal de Zetaquira el 5 de diciembre de 2017, en la que se hace constar que "*...efectivamente se contó con el acta conferida por el CONFIS Municipal de fecha 08 de Junio de 2017 para poder autorizar al señor alcalde de comprometer vigencias futuras para financiar obras de infraestructura en desarrollo del programa para el mejoramiento de vivienda*".

A folio 111 vto reposa copia del acta de aprobación de vigencias futuras excepcionales por parte del Concejo de Gobierno (CONFIS) municipal de Zetaquira del 8 de junio de 2017 en la que se consigna lo siguiente:

"…Dando cumplimiento a los requisitos que se requieren para la aprobación de esta figura, interviene El Secretario de Hacienda Dr. JUAN FERNANDO VASQUEZ MELO, el cual informa a los integrantes del CONFIS que, **en la actualidad el municipio no cuenta con los recursos por la suma de… $80.000.000** para ser ejecutados en mejoramientos de vivienda y poder cumplir con lo establecido en el convenio firmado con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social antes mencionado. En cuanto al presupuesto destinado para la realización del Centro de Integración Ciudadana, este no necesita de cofinanciación por parte del municipio, por lo que **se requiere únicamente solicitar la vigencia futura** para los recursos establecidos en el convenio M-10861 de 2017 entre la Nación – Ministerio de Interior- Fondo Nacional de Convivencia Ciudadana – FONSECON y el Municipio de Zetaquira.

De acuerdo a lo anterior, **los proyectos a ejecutarse tienen un costo total de… $1.463.128.814** de los cuales le corresponde al municipio aportar la suma de… $80.000.000 que se deben financiar para el año… 2018, el valor restante será el aportado por el DPS.

…

Con base en los señalamientos anteriores y una vez cumplido con los requisitos que establece la ley 819 de 2003 y especial en su artículo 1 de la Ley 148 de 2011 se presenta a consideración del Consejo de Gobierno (CONFIS) para la aprobación y financiación del proyecto mediante la figura de vigencias futuras de acuerdo al siguiente cronograma:

Proyecto	**Valor convenio**	**Aportes del estado 2018**	**Aportes del municipio con vigencias futuras 2018**
Ejecución del Centro de integración Ciudadana (CIC), en el municipio de Zetaquira	$959.400.000	$959.400.000 (Ministerio del Interior – Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana)	0
Obras de infraestructura en desarrollo del programa para el mejoramiento de vivienda entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social DPS y el municipio de Zetaquira	$423.728.814	$423.728.814 (DPS)	0
Mejoramiento de viviendas	$80.000.000	0	$80.000.000

Verificado por parte del Consejo de Gobierno (CONFIS) el cumplimiento de los requisitos exigidos para la aprobación de las vigencias futuras excepcionales, el CONFIS municipal en su conjunto pone en discusión para su concepto previo y favorable para que estas sean incorporadas al proyecto de acuerdo que se presentará al Concejo Municipal.

Hechas las anteriores consideraciones y viendo la importancia de los proyectos que benefician a la población Zetaquirense y con el fin único de adelantar las actividades que normalmente implica la realización del mismo por parte de la administración y con el fin de garantizar su financiación en las próximas vigencias se requiere la utilización de esta figura de vigencias futuras y para ello **da su aprobación"**

A folio 114 se encuentra certificación suscrita por el Secretario de Planeación y Obras Públicas el 2 de diciembre de 2017 en la que se hace constar que el proyecto "*CONSTRUCCIÓN CENTRO DE INTEGRACIÓN CIUDADANA DEL MUNICIPIO DE ZETAQUIRA*" se enmarca dentro del plan municipal de Desarrollo 2016- 2019 "*JUNTOS POR UNA ZETAQUIRA PRODUCTIVA así:*

ESTRATEGIA TRANSVERSAL	Infraestructura
PROGRAMA	Infraestructura municipal
INDICADOR DE PRODUCTO	Construcción centros de integración ciudadana coliseo
SUBPROGRAMA	Construcción y mejoramiento de la infraestructura municipal

A folio 114 vto se encuentra certificación suscrita por el Secretario de Planeación y Obras Públicas del 2 de diciembre de 2017 en la que se hace constar que el proyecto "*MEJORAMIENTO DE VIVIENDA EN EL MUNICIPIO DE ZETAQUIRA*" se enmarca dentro del plan municipal de Desarrollo 2016- 2019 "*JUNTOS POR UNA ZETAQUIRA PRODUCTIVA así:*

ESTRATEGIA TRANSVERSAL	Vivienda
PROGRAMA	Vivienda para ofrecer bienestar
INDICADOR DE PRODUCTO	Mejoramiento de vivienda
SUBPROGRAMA	Vivienda con calidad rural

Descendiendo al fondo del asunto, se puede deducir, que para que se pueda hablar de autorizaciones para comprometer vigencias futuras es necesario

tanto para ordinarias como para extraordinarias **la afectación del presupuesto de las vigencias futuras, valga la redundancia**, es decir, las ordinarias para proyectos cuya ejecución **se inicie** con el presupuesto de la vigencia en curso, y las extraordinarias, referidas a la **asunción de obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras** sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.

Como se dejó consignado en el problema jurídico, el debate se contrae a determinar si en el presente caso se configuran los cargos formulados por la Gobernación de Boyacá contra la validez del Acuerdo No. 014 de 19 de junio de 2017, que radican en que i) la vigencia futura a comprometer no es ordinaria sino excepcional, toda vez que el presupuesto que se va a comprometer es del 2018; ii) que en caso de ser vigencias futuras ordinarias no se estableció el monto a comprometer del 15 % del total del valor de la obra a ejecutar; tampoco se anexa la certificación previa del CONFIS; ni las obras que se van a ejecutar, que éstas se encuentran en el plan de desarrollo del municipio y que están inscritas en el banco de proyectos.

Respecto al primer cargo formulado por el departamento de Boyacá, la Sala infiere que el presente caso se está asumiendo obligaciones que afectan el presupuesto de 2018, sin apropiación en el presupuesto del 2017, año en el que se concedió la autorización, por consiguiente, **en el presente caso se trata es de vigencias futuras excepcionale**s y no de ordinarias.

Luego, los cargos que debía formular el departamento de Boyacá tenían que girar en torno a los requisitos que deben cumplir los entes territoriales para asumir dicha obligación, es decir, para autorizar **vigencias futuras excepcionales**, no obstante, en el presente caso el departamento de Boyacá fundamentó sus cargos en el incumplimiento de los requisitos para autorizar vigencias futuras ordinarias.

Entre los requisitos que el departamento de Boyacá indica que no se cumplieron y que también son exigibles para el caso de autorizar vigencias futuras excepcionales hay dos, el primero, que no se anexa la certificación previa del CONFIS, y el segundo, que las obras que se van a ejecutar no se encuentran en el plan de desarrollo del municipio.

En relación a que no se anexó la certificación previa del CONFIS, la Sala no aprecia que la misma haya sido requerida por el departamento de Boyacá al municipio Zetaquira dentro del deber que tiene de revisión de los acuerdos municipales por motivos de ilegalidad o inconstitucionalidad, previo a demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En relación con la carga de la prueba en las demandas de la referencia, se tiene que si bien es facultad del Gobernador solicitar la invalidez de los acuerdos municipales cuando los considere ilegales o inconstitucionales, no es menos cierto que a tal conclusión debería llegarse cuando haya **agotado los mecanismos a su alcance para verificarlo[8].**

Sin embargo, el despacho solicitó de oficio la citada prueba, siendo aportada por el municipio de Zetaquira, tal y como se aprecia a folio 111, en el que reposa el acta de aprobación de las vigencias futuras excepcionales por parte del Concejo de Gobierno (CONFIS) del 8 de junio de 2017.

El otro cargo radica en que las obras que se van a ejecutar no se encuentran en el plan de desarrollo del municipio. La Sala estima que de la simple lectura del acuerdo se observa que los proyectos para los cuales se están solicitando vigencias futuras están contemplados en el Plan de Desarrollo Municipal 2016-2019 "**Juntos por una Zetaquira productiva**", lo que no fue desvirtuado por el departamento de Boyacá con medios probatorios

[8] Aclaración de voto de la Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz en el expediente 2016- 903-01

documentales en los que se acredite lo contrario, y que demuestren que el departamento hizo una revisión acuciosa previo a demandar.

No obstante, el municipio aportó varias certificaciones de las que se lee que los proyectos "*MEJORAMIENTO DE VIVIENDA EN EL MUNICIPIO DE ZETAQUIRA*" y "*CONSTRUCCIÓN CENTRO DE INTEGRACIÓN CIUDADANA DEL MUNICIPIO DE ZETAQUIRA*" se enmarcan dentro del plan municipal de Desarrollo 2016- 2019 "*JUNTOS POR UNA ZETAQUIRA PRODUCTIVA.*

En estas condiciones, no puede aceptarse que el departamento de Boyacá sin revisar si se cumplen los requisitos legales y/o constitucionales, presumiendo su inexistencia, demande los diferentes acuerdos y decretos municipales ante esta jurisdicción.

Por las razones expuestas, la Sala considera que el departamento de Boyacá no logró desvirtuar la presunción de legalidad del Acuerdo No. 014 de 19 de junio de 2017, por lo que se negarán las súplicas de la demanda y se declarará su validez, en el entendido que se autorizó al alcalde para asumir compromisos con cargo a vigencias futuras excepcionales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. NEGAR las súplicas de la demanda y **DECLARAR la validez** del Acuerdo 014 de 19 de junio de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Zetaquira, y se declarará su validez, en el entendido que se autorizó al alcalde para asumir compromisos con cargo a vigencias futuras excepcionales.

SEGUNDO. Comuníquese esta determinación al Departamento de Boyacá, al Presidente del Concejo, al Alcalde y al Personero Municipal de Zetaquira.

En firme esta providencia procédase a su archivo dejando las anotaciones y constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión ordinaria de la fecha.

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

CLASE PROCESO	VALIDEZ DE ACUERDO
REFERENCIA:	150012333000201700581-00
DEMANDANTE:	DEPARTAMENTO DE BOYACA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE CHIVOR
TEMAS:	FIJAN ESCALAN SALARIALES Y DE VIATICOS PARA LOS NIVELES DE EMPLEOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL
DECISIÓN:	ACCEDER PRETENSIONES

Agotados los ritos propios del Decreto 1333 de 1986, profiere la Sala sentencia de única instancia.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, promovió la acción constitucional de Control de Validez frente al Acuerdo No. 014 del 5 de julio de 2017, expedido por el Concejo municipal de Chivor y sancionado por el Alcalde municipal de la misma localidad.

1.1. DECLARACIONES Y CONDENAS

Pretende la parte actora se declare la Invalidez del artículo primero del Acuerdo Municipal No. 014 de 5 de julio de 2017, expedido por el Concejo municipal de Chivor "**POR MEDIO DEL CUAL SE FIJAN LAS ESCALAS DE REMUNERACIÓN SALARIAL Y VIÁTICOS PARA LA PLANTA CENTRAL DE PERSONAL DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL, UNIDAD DE SERVICIOS PÚBLICOS, PERSONERÍA Y CONCEJO MUNICIPAL DE CHIVOR- DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, PARA LA VIGENCIA 2017 Y DICTAN OTRAS DISPOSICIONES**".

Así mismo, solicitó que esta Corporación emita pronunciamiento respecto de las actuaciones posteriores que debe surtir el funcionario municipal competente, con base en la explicación del concepto de la violación, y además, que se requiera para que en lo sucesivo no incurra en vulneración de las normas citadas y no reproduzca actos en las mismas condiciones.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La apoderada del Departamento de Boyacá sostuvo que el Concejo Municipal de Chivor profirió el Acuerdo No. 014 del 5 de julio de 2017, por medio del cual se fijan las escalas de remuneración salarial y viáticos en los diferentes niveles de empleo de la administración central para la vigencia fiscal de 2017. Que tal Acuerdo fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 14 de julio de 2017.

Precisó, que una vez realizada la revisión jurídica prevista en el numeral 10 del artículo 305 Superior, se encontró que el acuerdo citado es contrario a la Ley.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Citó como normas transgredidas los artículos 6, 121, 313, 315 de la Constitución Política, 1 al 4, 15, 16 al 20 del Decreto 785 de 2005, el 41 de la Ley 136 de 1994, el 35 de la Ley 734 de 2002 y el 12 de la Ley 4 de 1992.

Para explicar el concepto de violación, la entidad accionada señaló que el Acuerdo No. 014 de 5 de julio de 2017, aprobado por el Concejo municipal de Chivor, es violatorio de las normas antes mencionadas, en razón a que se le asignó a cada nivel jerárquico de los empleados del ente territorial una asignación máxima mensual, desconociendo que su competencia en virtud del artículo 313 superior, es establecer las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del municipio, ya que es bien distinto fijar un límite máximo para cada nivel, a establecer unos grados salariales o de remuneración para los diferentes empleos que conformar cada uno de los niveles.

Insistió que la atribución de los concejos municipales es la de "*determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos*", mientras que la facultad de los alcaldes, es la de "*fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes*".

Que conforme con el marco normativo aplicable el acuerdo cuestionado, no establece o fija escala salarial alguna por niveles o categorías de empleos, pues solo se limita a establecer unos límites o techos de asignación máxima mensual para cada uno de los niveles jerárquicos de la administración pública, desconociendo, además y de tajo la sucesión

sistemática, ordenada y progresiva de valores para cada uno de los diferentes niveles o categorías de empleos, razón de ser de una escala.

Aunado a lo anterior, que el acuerdo en mención no establece o fija escala salarial por niveles o categorías de empleos, pues solo se limita a establecer unos límites o techos de asignación máxima mensual para casa uno de los niveles jerárquicos de la administración pública, desconociendo por demás, y de tajo la sucesión sistemática, ordenada y progresiva de valores para cada uno de los diferentes niveles o categorías de empleos, razón de ser de una escala.

Igualmente, que cada grado salarial es único en cada nivel y por ende, no puede existir uno de ellos con más de una asignación salarial, mientras que si pueden existir distintas denominaciones de empleos en un mismo nivel con el mismo grado salarial.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja el 10 de agosto de 2017 (fl. 8), fue inadmitida en providencia del 31 de agosto de 2017 (fl. 34-35), y subsanada en escrito radicado en oportunidad (fl. 70), se admitió mediante auto de 6 de octubre de 2017 (fl. 42) y fue sometida a las ritualidades propias del proceso, previstas en el numeral 5° del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011 y en el Decreto Ley 1333 de 1986. Así mismo, se observa que dentro del término de fijación en lista, hubo pronunciamiento de la parte demandada, y silencio del Ministerio Público.

Mediante providencia de 10 de noviembre de 2017 (fl. 64), se omitió la etapa probatoria, como quiera que no existían pruebas por practicar, por tanto corresponde dictar la sentencia que en derecho corresponda.

3. CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Municipio de Chivor solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda, pues una vez se verificó el error del acuerdo municipal acusado, se tramitó un nuevo acuerdo contenido en el No. 019 del 7 de septiembre de 2017, y por tanto, el Acuerdo No. 014 se derogó para garantizar el cumplimiento a la normatividad en materia de régimen salarial.

Conforme a lo anterior, solicitó cese el procedimiento del *sub lite* por hecho superado, porque la vulneración del ordenamiento jurídico dejó de existir, en razón a la expedición de nuevo acto administrativo.

II. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite del proceso, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

1. CUESTIÓN PREVIA

Advierte el Municipio de Chivor que en el presente caso, debe darse la cesación del procedimiento, por hecho superado, en la medida que la administración municipal, expidió el Acuerdo Municipal No. 019 de 2017, derogando el Acuerdo No. 014 de 2014, y que por tanto, ya no existe vulneración al ordenamiento jurídico.

Al respecto, habrá de señalarse que le corresponde a esta instancia analizar las causales alegadas de invalidez propuestas por el Departamento de Boyacá, sin pretexto de la derogatoria al que fue sometido el Acuerdo Municipal No. 014 de 2014, toda vez que mientras estuvo vigente, existieron efectos en el ordenamiento jurídico que se hacen necesario analizar.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Corresponde a la Sala determinar: *si con la expedición del Acuerdo No. 014 del 5 de julio de 2017, el Concejo Municipal de Chivor se excedió en sus funciones al establecer un límite máximo de remuneración mensual para los niveles jerárquicos del municipio, dejando de lado la obligatoriedad de establecer la sucesión sistemática, ordenada y progresiva de valores para cada uno de los diferentes niveles o categorías de empleos?,*

De la interpretación de los actos procesales de introducción y contradicción, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso, desplegadas por las partes, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

➢ **Tesis argumentativa propuesta por la Sala.**

La Sala declarará la invalidez del Acuerdo No. 014 del 5 de julio de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Chivor, en razón a que se excedió en las atribuciones concedidas por la Constitución y la Ley para establecer la escala salarial de los empleados del nivel central, determinando los emolumentos a los empleos que le correspondían al Alcalde Municipal; además, que no estableció de forma sucesiva, numérica, progresiva y sistemática las tablas salariales por grados conforme a las disposiciones legales que rigen para la materia.

3. DEL MATERIAL PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes, por lo tanto, se tendrán como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en su conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

- Acuerdo No. 014 del 5 de julio de 2017 "POR EL CUAL SE FIJA LA ESCALA DE REMUNERACIÓN SALARIAL Y DE VIATICOS PARA LA PLANTA CENTRAL DE PERSONAL DE LA ALCALDIA MUNICIPAL, UNIDAD DE SERVICIOS PUBLICOS, PERSONERIA Y CONCEJO MUNICIPAL DE CHIVOR- DEPARTAMENTO DE BOYACA, PARA LA VIGENCIA 2017 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES" (fl. 12-16)

- Certificado expedido por la Secretaria General del Concejo municipal de Chivor en el que manifiesta que el Acuerdo No. 014 de 2017, fue debatido en sus debates reglamentarios (fl. 17).

- Constancia secretarial de la Secretaria ejecutiva del Despacho del Alcalde, del 2 de septiembre 4 de julio de 2017, por el cual se manifiesta que se fija en la cartelera municipal el Acuerdo No. 014 de 2017 (fl. 18).

- Constancia de sanción del Acuerdo No. 014 de 5 de julio de 2017 por parte del Alcalde municipal de Chivor (fl. 18).

- Certificado de publicación suscrito por el personero municipal del Acuerdo 014 de julio de 2017 (fl. 19).

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. De la competencia de los Concejos Municipales para establecer la escala salarial de los empleos de la administración central.

Esta Corporación en oportunidad anterior[1], ya se había referido al tema debatido en el *sub lite*, por lo que se recoge la postura de la siguiente manera, para *a posteriori* aterrizar al caso concreto:

La Constitución Política de 1991 en el artículo 150 numeral 19, literales e) y f), le otorgó al Gobierno Nacional la potestad de definir el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, con sujeción a los objetivos y criterios generales que fije el Congreso de la República mediante ley.

Como consecuencia de la disposición constitucional, el Congreso expidió la **Ley 4ª de 1992,** mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales, y se dictan otras disposiciones, estableciendo en su **artículo 12,** lo siguiente:

> *"El régimen prestacional de los servidores públicos de las Entidades Territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.*
>
> *En consecuencia, no podrán las Corporaciones Públicas Territoriales arrogarse esta facultad.*
>
> *PARAGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional".*
> (Cursiva y subrayado fuera de texto)

En demanda de constitucionalidad del artículo en referencia, la Corte Constitucional en Sentencia C-315 de 1995, consideró en relación con la competencia para fijar un tope máximo salarial en el nivel territorial por parte del Gobierno lo siguiente:

[1] Tribunal Administrativo de Boyacá, expediente 150001233300020130083l-00, providencia del 31 de marzo de 2014, MP Javier Ortiz del Valle.

"...La determinación de un límite máximo salarial, de suyo general, si bien incide en el ejercicio de las facultades de las autoridades territoriales, no las cercena ni las torna inocuas. Ni el Congreso ni el Gobierno sustituyen a las autoridades territoriales en su tarea de establecer las correspondientes escalas salariales y concretar los emolumentos de sus empleados. Dentro del límite máximo, las autoridades locales ejercen libremente sus competencias. La idea de límite o de marco general puesto por la ley para el ejercicio de competencias confiadas a las autoridades territoriales, en principio, es compatible con el principio de autonomía.

Lo contrario, llevaría a entronizar un esquema de autonomía absoluta, que el Constituyente rechazó al señalar: "Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley".

La economía, eficacia y eficiencia en el gasto público, en todos los ámbitos, es un principio que tiene pleno sustento constitucional y sobre su importancia en una sociedad democrática, soportada en la tributación equitativa y en el correlativo deber de las autoridades de hacer uso adecuado de los recursos aportados por la comunidad, no es necesario abundar. La fijación a este respecto de un límite máximo al gasto burocrático, constituye un medio idóneo para propugnar la eficiencia y economía del gasto público y, de otro lado, estimular que los recursos del erario nacional y de las entidades territoriales en mayor grado se destinen a la atención material de los servicios públicos..." (resaltado fuera de texto).

Por su parte, el numeral 7 del artículo 315 de la Constitución Política, establece como una de las atribuciones del Alcalde la siguiente:

"crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado" (resaltado fuera de texto)

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia C-510 del 14 de julio de 1999, definió la órbita de competencias en materia de fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así:

"...4.2. Dentro de este contexto, se pregunta, ¿Cuál es el marco de competencia de las corporaciones públicas territoriales en materia salarial y prestacional de los empleados de su administración?

4.2.1. La propia Constitución da una primera respuesta a este interrogante, cuando en el artículo 150, numeral 19, inciso final, establece ***que las funciones dadas al Gobierno Nacional en materia***

de prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y que éstas tampoco podrán arrogárselas. Debe entenderse, entonces, que corresponde única y exclusivamente al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales, siguiendo, obviamente, los parámetros establecidos por el legislador en la ley general.

En tratándose de los trabajadores oficiales de estas entidades, al Gobierno solamente le corresponde regular el régimen de prestaciones sociales mínimas, según lo establece el literal f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución. Es decir, que a partir de esos mínimos, las corporaciones públicas territoriales podrían establecer un régimen prestacional mayor al señalado por el Gobierno Nacional, sin que pueda entenderse que estos entes están usurpando competencia alguna en cabeza del ejecutivo central.

4.2.2. En cuanto a la asignación salarial, la respuesta se encuentra en el parágrafo del artículo 12 de la ley 4ª de 1992, cuando señala que "El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores –se refiere a los de las entidades territoriales- guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional"…

4.3. En estos términos, para la Corte es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: ***Primero****, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen.* ***Segundo****, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador.* ***Tercero****, las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate.* ***Cuarto****. Los Gobernadores y Alcaldes que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para tal efecto dicten las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, en las Ordenanzas y Acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional*". (cursiva y subrayado fuera de texto).

Al respecto, vale la pena referencia lo que esta Corporación ha considerado en otras ocasiones sobre el tema en estudio,[2] como sigue:

[2] Sala de Decisión No. 1. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Expediente: 15001313301320010285801, Demandante: Moisés Suarez Bohórquez. Demandado: Departamento de Boyacá.

"Tal como lo precisa la Corte, ***los límites que dispone el Congreso o el Gobierno Nacional no sustituyen las facultades de los entes territoriales para que, dentro de ellos concreten los emolumentos de sus empleados. Por supuesto, es claro y no obstante necesario señalar que estas facultades no pueden ejercerse para crear prestaciones sociales como bien lo ha dejado sentado el Consejo de Estado al precisar en la misma providencia que ha delimitado este estudio que "...Esta Corporación ha sostenido que la facultad atribuida a las Asambleas y Concejos para fijar las escalas salariales es para determinar los grados o niveles para las distintas categorías de empleos y no para crear elementos salariales o factores salariales..."***

Además de aceptarse que las entidades territoriales perdieron toda competencia en la determinación salarial de sus empleados ninguna finalidad podría tener el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992 cuando señala "...Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos".

...

Para dar respuesta a lo anterior, a la utilidad y a la coherencia del sistema normativo es necesario descender a las funciones constitucionales conferidas a las asambleas departamentales (art.300 num.7°) y los concejos municipales (art.313 num. 6°) normas que las facultan para establecer las escalas de remuneración de sus empleados, dentro de los límites de la Constitución y, en especial, a la Ley Marco y los decretos nacionales"

De otra parte, el Decreto 785 de 2005 *"Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004"*, en su artículo 2° define el **empleo** (razón de ser de las escalas salariales), como *"el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo"*. Ahora bien, de conformidad con el artículo 3° *ibídem*, según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial en las entidades territoriales.

Los mencionados niveles jerárquicos se agrupan según la naturaleza de sus funciones, en una serie de empleos; cada uno identificado con un código de tres (3) dígitos, donde el primer digito indica el nivel y el segundo la denominación o nombre del empleo (artículo 15, Decreto 785 de 2005).

A su turno, los artículos 16 al 20 *ibídem*, integran la nomenclatura y la

clasificación especifica de los empleos, según al nivel que corresponda, y para los efectos de la remuneración de cada uno de esos empleos, dicho código deberá ser adicionado hasta con dos dígitos más, que corresponderán a los grados de asignación básica de acuerdo a las escalas de remuneración que las Asambleas y los Concejos fijen para las distintas categorías de empleos (art. 15 Decreto 785 de 2005).

En otras palabras, el grado salarial es el número de orden que indica la asignación mensual del empleo dentro de una escala numérica, sucesiva y progresiva, establecida para el respectivo nivel o categoría de empleos, según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones, v.gr. las escalas salariales que año tras año el Gobierno Nacional fija mediante decreto para los distintos niveles o categorías de empleos de las diferentes entidades y organismos del Estado del orden nacional, donde:

i) la primera columna señala los grados de remuneración, consistentes en dos dígitos que, como ya se dijo, complementan los códigos que corresponden a las distintas denominaciones o nombre de los empleos que conforman cada una de las diferentes categorías o niveles jerárquicos.

ii) La segunda columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel directivo.

iii) La tercera columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel asesor.

iv) La cuarta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel profesional.

v) La quinta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel técnico.

vi) La sexta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel asistencial.

Ahora bien, conforme al establecimiento de la escala salarial para los diferentes niveles de empleo de la administración central, por el Concejo Municipal, le corresponde al Alcalde Municipal, asumir su competencia de conformidad con el numeral 7 del artículo 315 Superior, para fijar la

respectiva asignación salarial a cada uno de los empleos que conforman la planta de personal.

Así pues, concretados los fundamentos constitucionales, legales y los pronunciamientos jurisprudenciales, en lo que atañe al asunto que ocupa la atención de la Sala, es evidente que en el nivel territorial, son las Asambleas Departamentales y **Concejos Municipales** según sea el caso, a quienes corresponde **determinar las escalas o tablas de remuneración salarial** de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate; y los Gobernadores y Alcaldes son los que **deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias**, teniendo en cuenta las estipulaciones que para tal efecto dicten las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, en las Ordenanzas y Acuerdos respectivamente. **Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.**

Valga la pena traer a colación lo que doctrinariamente se ha entendido por **escala salarial**:

> *"**Tabla salarial. Concepto.** Empezamos por ella porque es la espina dorsal del sistema salarial y consiste **en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir, ubicados desde el inferior hasta el superior, para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas,** las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio.*
>
> *Obviamente, la tabla de remuneraciones en sí sola carece de mayor o menor significación y lo definitivo en ella son los criterios e instrumentos para su utilización y manejo. Así, los procedimientos de clasificación de puestos descritos en el capítulo que antecede, servirán posteriormente para referir y encuadrar en los grados mayores los puestos más elevados en cada serie o denominación y en los inferiores los distinguidos por las tareas más elementales, según la diferente dificultad o complejidad que los empleos presenten. Por lo tanto, es la clasificación del proceso que tenderá a ubicar acertada y racionalmente un empleo dado."*[3]

Y sobre este concepto, el Concejo de Estado[4] se ha pronunciado de la siguiente manera:

---

[3] Younes Moreno, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Ed. Temis. Año 2001. Pág.98

[4] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE, Bogotá D. C., diciembre trece (13) de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 1518 (Ampliación), Actor: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA, Referencia: Escalas de remuneración. Alcance del concepto.

"El concepto escalas de remuneración comienza a utilizarse en nuestro orden constitucional a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1968, el cual precisó que corresponde al ***Congreso*** *"Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y* ***fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos,*** *así como el régimen de sus prestaciones sociales." - artículo 11 - modificatorio del artículo 76 -.*

A su vez, el artículo 41, numeral 21 - modificatorio del 120 - facultó al ***Presidente de la República*** *para "Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los subalternos del Ministerio Público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que* ***fijar sus dotaciones y emolumentos,*** *todo, con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9° del artículo 76".*

A su turno, el artículo 57- 5 - modificatorio del 187 - atribuyó a ***las asambleas,*** *la potestad de "Determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias* ***y las escalas de remuneración*** *correspondiente a las distintas categorías de empleo.". El artículo 60- 9 - modificatorio del 194 -, dispuso como función del* ***Gobernador*** *la de "Crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que* ***fijar sus emolumentos,*** *con sujeción a las normas del ordinal 5° del artículo 187". El artículo 62-3 - modificatorio del 197 -, precisó como atribución de los* ***concejos,*** *la de "****Determinar*** *la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y* ***las escalas de remuneración*** *correspondientes a las distintas categorías de empleos"[5].*

---

[5] El artículo 92-3 del decreto 1333 de 1986, establece como atribución de los concejos municipales la de "Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos". El artículo 288 ibídem consagró que "Corresponde a los concejos, a iniciativa del Alcalde respectivo, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos."; el artículo 289 ibídem prescribe que el Concejo expide normas sobre remuneración de empleos y el artículo 290 ibídem determina que "Las funciones a que se refieren los artículos anteriores en el caso de las entidades descentralizadas municipales, serán cumplidas por las autoridades que señalen sus actos de creación o sus estatutos orgánicos." Por su lado, el artículo 129 del decreto 1421 de 1993 contempló que: "Regirán en el Distrito y sus entidades descentralizadas las disposiciones que se dicten en desarrollo del artículo 12 de la ley 4ª de 1992." El artículo 12, inciso octavo, ibídem atribuyó al Concejo Distrital la facultad de "Determinar la estructura general de la administración central (...) adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos.", y el artículo 38-9 otorga al alcalde la potestad de determinar los emolumentos de los empleos de la administración central, con arreglo a los acuerdos correspondientes, todo lo cual está en armonía con lo dispuesto en los artículos 313-6 y 315-7 constitucionales.

De esta manera se concluye que el Constituyente de 1991 retomó el concepto de escalas de remuneración del Acto Legislativo No. 1 de 1968 y atribuyó a las autoridades seccionales y locales funciones afines en esta materia a las que venían ejerciendo en vigencia de la Constitución anterior".

4.2. Del incremento salarial conforme al Índice de Precios al Consumidor para los empleos públicos municipales.

El artículo 25 de la Constitución Política prevé el derecho al Trabajo en condiciones dignas y justas, conforme con el siguiente tenor literal:

"ARTICULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo ***en condiciones dignas y justas.****"(Subrayas)*

Por su parte, el inciso 1° del artículo 53 de la Constitución establece dentro de los principios fundamentales, que debe desarrollar el estatuto del trabajo, el derecho a una 'remuneración mínima vital y móvil'. Este enunciado ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional como un derecho constitucional de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario[6].

Este derecho constitucional consiste en el ajuste periódico del salario con el fin de contrarrestar la inflación y asegurar que aquél en términos reales conserve su valor, sin que ello impida que se decreten incrementos, más allá de la actualización. La función que cumple el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario es garantizar el mínimo vital y móvil a los trabajadores y a quienes de ellos dependen[7].

En sentencia C-1064 de 2001 sostuvo sobre el particular la Corte:

"(U)na interpretación sistemática de la Constitución permite en efecto afirmar que con base, entre otros, en los fines de construir un orden social justo (Preámbulo y artículo 2), los principios fundamentales de Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y trabajo, los deberes sociales del Estado – entre ellos los que tienen que ver con promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución;

[6] Corte Constitucional, Sentencia C-815 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández, véanse igualmente las sentencia C-815 de 1999; C-1433 de 2000, C-1064 de 2001
[7] Sentencia C-815 de 1999

tomar medidas para que la igualdad sea real y efectiva; proteger especialmente al trabajo en todas sus modalidades; garantizar los medios para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante; asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas – y el mandato del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, es posible fundamentar un derecho constitucional en cabeza de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario.

Igual conclusión se impone de la interpretación constitucional a la luz de los tratados y convenios internaciones de protección al salario (artículo 93 inciso 2 C.P.). Es así como los Convenios 95 y 99 de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la protección del salario, aprobados respectivamente mediante las Leyes 54 de 1962 y 18 de 1968, refuerzan la conclusión según la cual el derecho a un salario justo presupone el derecho a mantener el poder adquisitivo del mismo."

Ahora bien, el artículo 150 *ibídem*, dispone:

"Art. 150 Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)

*e) **Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos**, de los miembros del Congreso nacional y de la fuerza pública.*

" (Negrillas).

Y el artículo 189 de la misma carta magna, atribuyó al Presidente de la República la competencia para fijar los emolumentos de los cargos de la Administración Central, según la Ley, indicando:

"ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:
(...)
*14. Crear, fusionar o suprimir, **conforme a la ley**, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y **fijar sus dotaciones y emolumentos.** El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.*
(...)"

Por desarrollo constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª

de 1992, estableciendo las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre otros.

Para la fijación de dicho Régimen Salarial y Prestacional, el Gobierno Nacional debe tener en cuenta los objetivos y criterios establecidos en el artículo 2 *ídem*, con el siguiente texto:

Sobre el reajuste salarial, el artículo 4 de la citada Ley 4ª de 1992, conceptúa:

> *"Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2 el Gobierno Nacional, (dentro de los primeros diez días del mes de enero) de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1° literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones.*
> *Igualmente, el Gobierno Nacional podrá modificar el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de los mismos empleados.*
> *(Los aumentos que decretó el Gobierno Nacional conforme a este artículo, producirán efectos fiscales a partir del primero de enero del año respectivo)"* [8]

---

[8] Lo anterior normativa fue declarada condicionalmente exequible y los apartes entre poréntesis declarados inexequibles, mediante sentencia de la Corte Constitucionol C-710 de 22 de septiembre de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, destocándose lo siguiente:

"Que se estipule en la ley marco, a manera de directriz y regla vinculante, que, como mínimo, cada año se producirá al menos un aumento general de salarios para los empleodos en mención, es olgo que encojo perfectomente dentro del cometido y popel otribuidos por lo Constitución y lo jurisprudencia al Congreso Nocional en estas materias. Es decir, el Congreso no vulnera la aludida distribución de competencios, sino que, por el controrio, responde a ella cobalmente, cuando señala un tiempo máximo de vigencia de cada régimen salorial, que debe ir en aumento, al menos año por oño, con el fin de resguardar a los trabajadores del negotivo impacto que en sus ingresos laborales producen lo pérdida del poder adquisitivo y el encarecimiento del costo de vida en uno economía inflacionario. En la disposición examinada se aprecia una ostensible violación de lo Corto Polítíca, en cuanto se delimita la acción gubernamental, forzando que tenga lugar apenas dentro de los diez primeros días del oño, llevando a que, tronscurridos ellos, pierda el Gobiemo competencia, en lo que resta del oño, pora desarrollar la ley marco decretando incrementos que en cualquier tiempo pueden tornarse útiles o indispensables para atender a las necesidades de los trabajadores, golpeados por el proceso inflacionario, o para restablecer condiciones económicas de equilibrio en áreas de la gestión pública en las que ellas se hayan roto por diversos factores. La Corte declararó inexequibles las expresiones demandadas, aunque dejando en cloro que de tal declaración no puede deducirse que el Gobierno pueda aguardar hasta el final de cada año para dictar los decretos de aumento salarial. Este, como lo manda la norma objeto de análisis, debe producirse al menos cada año, lo que implica que no podrá transcurrir más de ese lapso con un mismo nivel de salarios para los servidores a los que se refiere el artículo 1, literales a), b) y d), de la Ley 4 de 1992, y, según resulta del presente fallo, efectuado ese incremento anual, podrá el Gobierno, según las necesidodes y conveniencias sociales, económicas y laboroles, decretar otros, ya sin la restricción que se declara inconstitucionol.

(...)

En el entendido de que se retira del ordenamiento jurídico por haber invadido el Congreso la órbita

(...)"

A su vez, el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, prevé:

> *"El* ***régimen prestacional*** *de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.*
>
> *En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.*
>
> *Parágrafo.* ***El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional****".(Negrillas)*[9]

4. CASO CONCRETO

El Concejo Municipal de Chivor expidió el Acuerdo Municipal N° 014 del 5 de julio de 2017, por medio del cual se fijan las escalas salariales y escala de viáticos para los diferentes niveles de empleos de la administración central para la vigencia fiscal de 2017, estableciendo las siguientes disposiciones:

> *" ACUERDA*
>
> *ARTÍCULO PRIMERO: FÍJESE la escala de remuneración salarial para la planta de cargos de la administración central, personería y Concejo Municipal para la vigencia fiscal 2017 así:*

1. ALCALDIA MUNICIPAL

---

administrativa del Gobierno, mas no porque tal disposición sea materialmente contraria a la Constitución Política. Así, en cuanto a los aumentos ordinarios, que se decretan al comienzo de cada año, deben ser retroactivos al 1 de enero correspondiente, si bien en cuanto a incrementos salariales extraordinarios, será el Presidente de la República quien, en el decreto correspondiente, indique la fecha a partir de la cual operará la retroactividad.
(...)
Lo dicho en la parte motiva de esta Sentencia está vinculado de manera inseparable con la parte resolutiva y es, por tanto, obligatorio.". (Negrillas)

[9] Esta disposición fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-315 de 19 de julio de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz "...siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales". (Subrayas fuera del texto)

DENOMINACION	NIVEL	CODIGO	GRADO	No. de CARGOS	VALOR MAXIMO MENSUAL A ASIGNAR
DESPACHO DEL ALCALDE					
Técnico Administrativo	Técnico	367	03	1	$1.079.000
Secretario de Despacho (Gobierno)	Directivo	020	07	1	$2.152.000
Secretaria de Despacho (planeación)	Directivo	020	08	1	$2.270.000
Tesorero General	Profesional	201	06	1	$2.100.000
Técnico Administrativo	Técnico	367	02	2	$1.079.000
Conductor	Asistencia	480	05	1	$1.304.000
Auxiliar Admnistrativo	Asistencia	407	02	3	$931.000
COMISARIA DE FAMILIA					
Comisario de familia	Profesional	202	07	1	$2.005.000
OFICINA DE SERVICIOS PÚBLICOS					
Técnico Operativo	Técnico	314	04	1	$1.154.000

2. PERSONERIA MUNICIPAL

PERSONERIA MUNICIPAL					
Secretario	Asistencial	440	01	1	$923.000

3. CONCEJO MUNICIPAL

CONCEJO MUNICIPAL					
Secretario	Asistencial	440	01	1	$923.000

..."

Por su parte, el Alcalde Municipal, lo sancionó dando cumplimiento al artículo 82 de la Ley 136 de 1994, y por tanto, se remitió copia del acuerdo al Gobernador del Departamento para su pertinente revisión conforme con el artículo 305 de la Constitución Política.

A su turno, el Gobernador de Boyacá, solicitó a esta colegiatura se declare la invalidez del artículo primero del Acuerdo precitado, expedido por el Concejo Municipal de Chivor, por medio del cual se fijó la escala salarial de la entidad territorial, por considerar que atentaba contra normas constitucionales y legales.

5.1. De la escala salarial

Conforme al análisis normativo que regula la materia, la Sala acogiendo las precisiones efectuadas por la Corte Constitucional, al definir la órbita de competencias en materia salarial y prestacional de los servidores públicos, encuentra que, en el caso concreto, lo pretendido por el Concejo Municipal de Chivor mediante el acuerdo demandado, no se enmarca dentro de las atribuciones conferidas, pues estableció un nivel jerárquico sin atender los parámetros de sucesión sistemática y ordenada conforme lo presupuesta el Decreto 785 de 2005, para que se concrete la escala salarial de los empleos de la administración local.

Del anterior contexto, considera la Sala que la atribución conferida a las entidades territoriales en los artículos 300-7 y 313-6 de la Constitución Política para **determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de los órdenes seccional y local, comprende únicamente la facultad de establecer en forma sucesiva, numérica, progresiva y sistemática tablas salariales por grados, en donde se consignan la asignación o remuneración básica mensual para el año respectivo**, teniendo en cuenta la clasificación por niveles de los diferentes empleos, sobre la base, además, de que cada nivel tiene una nomenclatura específica de empleos y una escala de remuneración independiente, no involucrándose dentro de tal concepto la potestad de crear factores salariales diferentes.

Así las cosas, analizado literalmente el contenido del acto acusado, se determina que el mismo estableció o fijó escala salarial de manera indiscriminada, sin sucesión numérica para las diferentes categorías o niveles de empleos, sin que se atiendan las prescripciones ya señaladas, pues, a pesar de establecer los **niveles** o categorías (directivo, profesional y asistencia), incorpora el empleo al cual se le asigna el respectivo salario, lo que de acuerdo a los cargos planteados permite evidenciar que tal disposición desborda el marco de competencias del Concejo Municipal,

ya que, al fijar la asignación salarial en forma específica para cada empleo, ha invadido sin lugar a equívocos la competencia del alcalde, quien en virtud del mandato constitucional tiene la facultad de fijar el salario de cada uno de los empleos específicos de la planta de personal de la entidad, atendiendo a la escala de remuneración que para el efecto le corresponde establecer al Concejo Municipal. Por consiguiente, el cargo de imputación, alegado sobre este aspecto, está llamada a prosperar.

Lo anterior a juicio de esta Sala, conlleva a declarar la invalidez del artículo 1 del Acuerdo No. 014 del 5 de julio de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Chivor.

II. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO.-DECLARAR LA INVALIDEZ del artículo Primero del Acuerdo No. 014 del 5 de julio de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Chivor de conformidad con el expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Comuníquese por Secretaria esta decisión al Departamento de Boyacá, al Alcalde Municipal de Chivor, al Concejo Municipal y a la Personería Municipal de la localidad de Chivor (Boyacá).

Para el efecto, por Secretaria líbrese las comunicaciones adjuntando copia de la presente providencia.

TERCERO.-Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese las presentes diligencias dejando las constancias y anotaciones de rigor.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

JOSÉ ASCENSIÓN FERNANDEZ OSORIO
Magistrado

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Libertad y Orden

Tribunal Administrativo De Boyacá

CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

LA PROVIDENCIA QUE ANTECEDE SE NOTIFICÓ POR ESTADO ELECTRÓNICO N° 21 PUBLICADO EN EL PORTAL WEB DE LA RAMA JUDICIAL, HOY, 7 DE 2017 SIENDO LAS 8:00 AM.

SECRETARÍA

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No 4
MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 16 OCT 2017

MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA
DEMANDANTE: ROSALINA AGUILAR DE PUENTES Y OTROS
DEMANDADO: HOSPITAL REGIONAL DE CHIQUINQUIRA Y OTROS
RADICACION: 15001233300020170065700

INADMÍTASE la anterior demanda de REPARACION DIRECTA instaurada por la señora ROSALINA AGUILAR DE PUENTES Y OTROS en contra de la ESE HOSPITAL REGIONAL DE CHIQUINQUIRA Y OTROS, de conformidad con lo previsto en el artículo 170 del C.P.A.C.A., para que sea corregida en el plazo de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, so pena de ser rechazada.

Verificado el plenario se constata que a folio 10 reposa el memorial poder suscrito por el señor Carlos Mauricio Berdugo Rincón, en el que se aprecia que *"... en condición de padre biológico de la menor MARIANA VALENTINA BERDUGO PUENTES, nacida el 1° de junio de 2004 hija también de la extinta NINI PAOLA PUENTES AGUILAR..."*; de esto no puede inferirse si el mencionado señor Berdugo Rincón actúa en condición de cónyuge o pareja de la extinta NINI PAOLA PUENTES AGUILAR o en representación de su menor hija.

Así las cosas, deberá precisarse la condición en que actúa el aludido demandante, en el evento de que sea como pareja de la mencionada señora Puentes Aguilar (art. 85 inc 2 CGP), se allegue la respectiva prueba de tal condición y/o de ser en representación de la menor, así se diga explícitamente en el memorial poder, conforme lo dispuesto en el artículo 54 inciso primero del CGP.

Finalmente se reconoce como apoderado de los demandantes DANILO PUENTES CASTELLANOS, ROSALINA AGUILAR DE PUENTES, HEINAR GIOVANY PUENTES AGUILAR, NIDIA CAROLINA PUENTES AGUILAR y JOHANNA MARIA PUENTES AGUILAR al abogado SEGUNDO IRENARCO RUGE PEÑA, quien se identifica profesionalmente con la tarjeta No. 42.992 del C. S. de la Judicatura, en los términos y para los efectos del memorial poder que obra a folios1, 2, 4, 6 y 8.

Oportunamente vuelva el expediente al despacho para proveer lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

El presente auto se notificó por Estado Electrónico
Nro. ____ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

Tribunal Administrativo de Boyacá

Sala de Decisión No. 3

Magistrada Ponente Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Demandante *: Departamento de Boyacá*
Demandado *: Municipio de Soata*
Expediente *: 15001 2333 000* ***2017 00676*** *00*
"Invalidez Acuerdo Municipal No. 016 de 19 de agosto de 2017"

Decide la Sala en única instancia, la solicitud de invalidez del Acuerdo 016 de 19 de agosto de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Soata, "POR EL CUAL SE AJUSTA EL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL, DEL MUNICIPIO DE SOATÀ ADOPTADO MEDIANTE ACUERDO 021 DE 2001, INCORPORADO AL PERIMETRO URBANO, PREDIOS LOCALIZADOS EN SUELO RURAL CON EL FIN DE GARANTIZAR EL DESARROLLO DE VIVIENDA, INFRAESTRUCTURA SOCIAL Y USOS COMPLEMENTARIOS Y COMPATIBLES QUE SOPORTEN LA VIVIENDA, Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".

I. ANTECEDENTES

El Departamento de Boyacá pidió al Tribunal declarar la invalidez del Acuerdo 016 de 19 de agosto de 2017, en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 119 del Decreto Ley 1333 de 1986 y el artículo 305-10 de la Constitución Política, al considerarlo violatorio del artículo 91 de la Ley 1753 de 2015 y 6 del decreto 4002 de 2004 (fls. 3-4).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Dijo en el concepto de la violación, que el artículo cuarto del Acuerdo acusado viola el artículo 91 de la Ley 1753 de 2015, al establecer un tratamiento urbanístico distinto al que la norma faculta, lo cual genera una destinación distinta a dichos predios, además de pretender incorporar actividades comerciales, institucionales administrativas y turísticas, que no son compatibles con el título asignado al acuerdo en estudio.

En el mismo sentido, el Decreto 4002 de 2004, establece que el Alcalde podrá modificar excepcionalmente las normas urbanísticas, siempre y cuando soporte técnicamente los motivos que dan lugar a ello pero, en el presente asunto, se

evidencia que se busca implementar actividades comerciales y turísticas, lo cual no se adapta a la vivienda de interés social y de interés social prioritario, tal y como está concebido el Acuerdo acusado.

Agregó que en cumplimiento a la sentencia de 31 de mayo, proferida por esta Corporación, con ponencia del Dr. Fabio Iván Afanador García, mediante la cual se declaró la invalidez del acuerdo 003 de 17 de mayo de 2017, el Concejo Municipal de Soatá realizó el 30 de mayo de 2017 un cabildo abierto previo al estudio y análisis del proyecto de ajuste del plan de ordenamiento territorial, soportes que se no se encuentran en el expediente, lo cual toma ilegal el Acuerdo 016 de 19 de agosto de 2017.

III. ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda de invalidez del Acuerdo No. 016 de 19 de agosto de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Soata (Boyacá), fue admitida mediante auto de 20 de septiembre de 2017 (fl. 42), proveído en el que se corrió el traslado al Ministerio Público y fue fijado en lista por el término de 10 días para dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 196 del CPACA.

III. INTERVENCIONES

Dentro del término de fijación en lista intervino el Municipio de Soata (fl. 45-51) para oponerse a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que es competencia del Concejo Municipal reglamentar los usos del suelo, vigilar y controlar las actividades relacionadas, dentro de los límites fijados por la ley, lo cual fue tramitado y expedido dentro del marco jurídico constitucional, legal y reglamentario.

A continuación explicó que, contrario como lo sostiene el Departamento de Boyacá, en relación con la omisión del trámite de cabildo abierto, éste se realizó el 30 de mayo de 2017, tal como consta en acta Nº 44 y 45, procedimiento efectuado de conformidad con los artículos 22 a 30 de la Ley 1757 de 2015. Manifestó que el Departamento debió oficiar al municipio para recaudar la información pertinente antes de iniciar la invalidez de acuerdo mencionada.

Dijo que "(...) El Departamento de Boyacá incurre en el error de creer que los ajustes al ordenamiento territorial de los municipios que se pueden realizar en virtud del artículo 91 de la Ley 1753 de 2015 deben limitarse exclusivamente a incorporar zonas rurales o

suburbanas al suelo urbano para usos de vivienda de interés social y de interés prioritario, olvidando que los usos deben definirse de manera integral (principales, compatibles, condicionados y prohibidos), porque precisamente obedecen a criterios de gestión social, económica y ambiental del territorio. (...)" (fl. 46).

Por estos motivos propuso las excepciones que denominó "Error en la interpretación de las normas que se citan como violadas por la demandante" y "Presunción de legalidad y veracidad de hechos del acto administrativo", y concluyó que no se observa ninguna omisión de los requisitos establecidos en la ley, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

Finalmente, la Apoderada Judicial del Municipio de Soatá, en cumplimiento de Auto de 9 de octubre de 2017, proferido por el Despacho, allegó respuesta (fls. 87 - 93), en la cual expuso la fuente técnica para establecer los usos y las áreas fijados en el Acuerdo 016 de 19 de agosto de 2017.

Se decide previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a determinar si procede declarar la invalidez del Acuerdo No. 016 de 19 de agosto de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Soata "POR MEDIO DEL CUAL SE AJUSTA EL PLAN BÁSICO DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL MUNICIPIO DE SOATA, ADOPTADO MEDIANTE ACUERDO N SUELO RURAL CONEL FIN DE GARANTIZAR EL DESARROLLO DE VIVIENDA, INFRAESTRUCTURA SOCIAL Y USOS COMPLEMENTARIOS Y COMPATIBLES QUE SOPORTEN LA VIVIENDA, Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".

Afirma la parte demandante que procede la invalidez por dos razones (i) la modificación del PBOT –Plan Básico de Ordenamiento Territorial-, incluyó actividades comerciales y turísticas, para lo cual era necesario contar con estudios técnicos que permitieran introducir dichas actividades en los usos de suelo dispuestos en el Acuerdo demandado, y (ii) pese a que se señaló en los fundamentos que se adelantó cabildo abierto no obra prueba en el plenario que ello hubiera acontecido.

- ***Límites del pronunciamiento:***

Cuando en ejercicio del control de legalidad o constitucionalidad, el Tribunal revisa un acuerdo a solicitud del Gobernador, el estudio que corresponde a la Corporación Judicial se limita a las razones expuestas, frente a los preceptos constitucionales o legales invocados y con los cuales se hace la confrontación. El examen se contrae a los aspectos que han sido materia de inconformidad explícita.

No corresponde en este procedimiento un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y/o legales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, formales y materiales, del Acuerdo sometido a su estudio. Es necesario pues, establecer con toda claridad cuáles son los reproches del ejecutivo atendiendo exclusivamente aquellos aspectos a los que se contrajo el ***escrito de solicitud de invalidez.*** *Es este análisis y ningún otro el que permite determinar el acto puede o no ser declarado inválido, total o parcialmente.*

Sobre este aspecto, resultan aplicables las consideraciones de la Corte Constitucional expuestas en la Sentencia C-1036 de 2003, dijo:

> *"...Según constante jurisprudencia[1], el examen que realiza la Corte de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República, ante la insistencia del Congreso, por infringir la Constitución Política,* ***se restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia****, aspectos que son los que limitan el alcance la cosa juzgada constitucional..."*

Y en la Sentencia C- 256 de 1997 precisó "...Considera la Corte que cuando, en ejercicio del control previo de constitucionalidad, ella revisa un determinado proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, el examen que efectúa hace tránsito a cosa juzgada constitucional. No obstante, como las objeciones presidenciales no siempre recaen sobre la totalidad de las normas integrantes del proyecto y, si son de carácter formal, señalan apenas unos específicos motivos de violación de la Carta, ***los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte. Por tanto, la cosa juzgada es en tales casos relativa****, pues la exequibilidad que se declara no proviene normalmente de un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y que verse sobre todos los posibles motivos de*

[1] *Sentencias C-176, C-482, C-913, C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997, entre otras.*

inconstitucionalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio." Resaltado fuera de texto.

- ***Cargos formulados contra el Acuerdo:***

En este caso, se dijeron vulnerados el artículo 91 de la Ley 1753 que modifica el artículo 47 de la ley 1537 de 2012[2], y el artículo 6° del Decreto 4002 de 2004[3], las razones de inconformidad se sustentaron en la presunta inclusión de usos de suelos que exceden la finalidad del Acuerdo al establecer actividades comerciales y turísticas para las cuales debía contar con estudios técnicos que evaluaran el impacto de esas modificaciones, además que en el Acuerdo demandado se hizo alusión a que se había efectuado un cabildo abierto el 30 de mayo de 2017, sin embargo, al momento de la remisión del Acuerdo no fue allegada prueba sobre este particular.

- Del cargo vinculado al presunto desconocimiento del artículo 91 de la Ley 1753 de 2015 al introducir modificaciones de uso de suelos que exceden la finalidad de la norma.

En la demanda se sostuvo que el hecho que en el Acuerdo No. 016 de 19 de agosto de 2017, se incluyera usos relacionados con actividades comerciales y de turismo, desconoce la finalidad del artículo 91 de la Ley 1753 de 2015, en tanto, esa norma

---

[2] ***"ARTÍCULO 91. INCORPORACIÓN DEL SUELO RURAL, SUBURBANO Y EXPANSIÓN URBANA AL PERÍMETRO URBANO.*** *Modifíquese el artículo 47 de la Ley 1537 de 2012, el cual quedará así: "Artículo 47. Incorporación del suelo rural, suburbano y expansión urbana al perímetro urbano. Con el fin de garantizar* ***el desarrollo de vivienda, infraestructura social y usos complementarios y compatibles*** *que soporten la vivienda, durante el período constitucional de las administraciones municipales y distritales comprendido* ***entre los años 2015 y el 2020****, y por una sola vez, los municipios y distritos podrán: 1.* ***A iniciativa del alcalde municipal*** *o distrital,* ***incorporar al perímetro urbano los predios localizados en suelo rural****, suelo suburbano y suelo de expansión urbana que garanticen* ***el desarrollo y construcción de vivienda, infraestructura social y usos complementarios que soporten la vivienda de interés social y de interés prioritario, y otros****, siempre que se permitan* ***usos complementarios, mediante el ajuste del plan de ordenamiento territorial que será sometida a aprobación directa del concejo municipal*** *o distrital, sin la realización previa de los trámites de concertación y consulta previstos en el artículo 24 de la Ley 388 de 1997. Esta acción se podrá adelantar siempre y cuando se cumplan en su totalidad las siguientes condiciones: (...).*

[3] *Artículo 6°. Modificación excepcional de normas urbanísticas. De conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 388 de 1997, adicionado por el artículo 1° de la Ley 902 de 2004, la modificación excepcional de alguna o algunas de las normas urbanísticas de* ***carácter estructural o general del Plan de Ordenamiento Territorial****, que tengan por objeto asegurar la consecución de los objetivos y estrategias territoriales de largo y mediano plazo definidas en los componentes General y Urbano del Plan de Ordenamiento Territorial, podrá emprenderse en cualquier momento, a iniciativa del Alcalde municipal o distrital,* ***siempre y cuando se demuestren y soporten técnicamente los motivos que dan lugar a su modificación. La modificación excepcional de estas normas se sujetará en todo a las previsiones vigentes en el Plan de Ordenamiento Territorial, de acuerdo con la jerarquía de prevalencia de los componentes, contenidos y demás normas urbanísticas que lo integran.*** *" Resaltado fuera de texto.*

está encaminada a la autorización para varias el uso de suelos rural a urbano, para el desarrollo de proyectos de vivienda de interés prioritario y no para incorporar usos diferentes como los que corresponde a comercio tipo I y II, institucional administrativo y turísticos, modificaciones para las cuales requería ser soportadas técnicamente.

El Municipio de Soata en su intervención, sostuvo que en este caso, el Departamento hace una interpretación errónea de la normatividad invocada, frente a lo previsto en el artículo 91 de la Ley 1753 de 2015, dijo que el desarrollo urbano conlleva una serie de acciones que no pueden limitarse a la vivienda de interés social o interés prioritario, sino que implica un desarrollo integral, por eso la norma prevé incorporaciones de usos complementarios y compatibles, pues de otra manera, el desarrollo urbano sería sesgado, pues el desarrollo urbano implica que se prevean usos de suelo principales, compatibles, condicionados, restringidos y prohibidos, con esa argumentación señaló que el Acuerdo al definir de manera integral el desarrollo del municipio al incluir usos complementarios y compatibles con los proyectos de vivienda de interés social y de interés prioritario.

Resulta necesario hacer alusión a la definición que la norma hace de los diferentes usos de suelos que involucran la actividad urbanística, así el Decreto 3600 de 2007 reglamentario de las Leyes 99 de 1993 y 388 de 1997, prevé lo siguiente:

> *"**Artículo 1°.** Definiciones. Para efectos de lo dispuesto en el presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones:*
> *(...)*
> *6. **Uso Principal.** Uso deseable que coincide con la función específica de la zona y que ofrece las mayores ventajas para el desarrollo sostenible.*
> *7. **Uso Compatible o Complementario.** Uso que no se opone al principal y concuerda con la potencialidad, productividad y protección del suelo y demás recursos naturales conexos.*
> *8. **Uso Condicionado o Restringido.** Uso que presenta algún grado de incompatibilidad urbanística y/o ambiental que se puede controlar de acuerdo con las condiciones que impongan las normas urbanísticas y ambientales correspondientes.*
> *9. **Uso Prohibido.** Uso incompatible con el uso principal de una zona, con los objetivos de conservación ambiental y de planificación ambiental y territorial, y por consiguiente implica graves riesgos de tipo ecológico y/o social (...)"*

Además de establecer estas definiciones que servirán de base para desatar los cuestionamientos que refiere la demanda, considera la Sala necesario hacer alusión a aspectos relacionados con la reglamentación de uso de suelos y las competencias de las entidades territoriales sobre la materia, al respecto vale la pena citar lo

considerado por la Corte Constitucional sobre este tópico, en sentencia C-145 de 2015[4], así:

> *"**5. Ordenamiento territorial y la reglamentación del uso del suelo por autoridades municipales y distritales***
>
> *La primera mención que particularmente alude al **uso del suelo en la Constitución y pone de manifiesto la conexión del territorio con el ambiente sano y el interés general**, se encuentra en el artículo 82, que al ocuparse de los derechos colectivos establece que "Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere **su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común**".*
>
> *La concreción de esta función debe realizarse de manera democrática, participativa, **racional y planificada** y en el **marco de las competencias asignadas por la ley orgánica de ordenamiento territorial** que, conforme al artículo 288 la Constitución, es el instrumento que contiene los parámetros de distribución de competencias relativas a la actuación y gestión pública de las entidades territoriales en el proceso de **planificación y organización de su territorio desde una perspectiva geográfica, social, cultural y económica**.[5]*
>
> *En relación con **el uso y desarrollo del territorio**, la Ley 388 de 1997 actualizó las normas existentes sobre planes de desarrollo municipal (Ley 9ª de 1989) y el sistema nacional de vivienda de interés social (Ley 3ª de 1991), con la finalidad de **fijar mecanismos para que los municipios, en ejercicio de su autonomía, organicen su territorio, el uso equitativo y racional del suelo y la preservación y defensa del patrimonio ecológico localizado en su jurisdicción**.*
>
> *Dentro de ese contexto, la ley define el **plan de ordenamiento territorial (POT)** como "el conjunto de objetivos, directrices políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para **orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo**"[6], e instituye los denominados planes parciales, que son aquellos instrumentos que desarrollan y complementan las normas que integran los planes de ordenamiento territorial cuando **se trata de determinadas áreas del suelo urbano, áreas incluidas en el suelo de expansión urbana** y aquellas que deban desarrollarse mediante unidades de actuación urbanística, macroproyectos u otras **operaciones urbanas especiales**".[7]" -Subraya de la Corte y negrilla nuestras-.*

Ahora frente al marco de competencias de las entidades territoriales sobre ordenamiento territorial, en esa misma providencia[8] se resaltó lo siguiente:

---

[4] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-145 de 6 de abril de 2015. MP. Dra. Martha Victoria Calle Correa.
[5] Sentencias C-795 de 2000, C-006 de 2002 y C-117 de 2006.
[6] Artículo 9
[7] Artículo 19
[8] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-145 de 6 de abril de 2015. MP. Dra. Martha Victoria Calle Correa.

"Esta normativa debe interpretarse en consonancia con el marco legal orgánico e institucional que regula las competencias de ***departamentos y municipios****, contenido en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial -Ley 1454 de 2011-, que en el artículo 2 señala que:*

> *"El ordenamiento territorial es un instrumento de planificación y de gestión de las entidades territoriales y un proceso de construcción colectiva de país, que se da de manera progresiva, gradual y flexible, con responsabilidad fiscal, tendiente a lograr una adecuada* ***organización político administrativa del Estado en el territorio****, para facilitar el desarrollo institucional, el fortalecimiento de la identidad cultural y el desarrollo territorial, entendido este como desarrollo* ***económicamente competitivo, socialmente justo, ambientalmente y fiscalmente sostenible, regionalmente armónico, culturalmente pertinente, atendiendo a la diversidad cultural y físico-geográfica de Colombia****.*
> *La finalidad del ordenamiento territorial es promover el aumento de la capacidad de descentralización, planeación, gestión y administración de sus propios intereses para las entidades e instancias de integración territorial, fomentará el traslado de competencias y poder de decisión de los órganos centrales o descentralizados del gobierno en el orden nacional hacia el nivel territorial pertinente, con la correspondiente asignación de recursos. El ordenamiento territorial propiciará las condiciones para* ***concertar políticas públicas entre la Nación y las entidades territoriales****, con reconocimiento de la diversidad geográfica, histórica, económica, ambiental, étnica y cultural e identidad regional y nacional." (Subrayas añadidas).*

Y que en relación con la distribución de competencias en materia de ordenamiento del territorio y particularmente en cuanto a los usos del suelo, establece en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial que:

> *"(...)*
> ***4. Del Municipio***
> *a) Formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio.*
> *b)* ***Reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales,*** *de acuerdo con las leyes.*
> *c)* ***Optimizar los usos de las tierras disponibles*** *y coordinar los planes sectoriales, en armonía con las* ***políticas nacionales*** *y los planes departamentales y metropolitanos. (...)"*

Dentro de la distribución de competencias antes señalada, la función de ***determinar los usos del suelo***[9]*, afecta aspectos axiales de la vida en comunidad en los* ***sectores urbano y rural****, pues el modelo de desarrollo que adopten las entidades territoriales incide* ***en las condiciones de vida en aspectos como el económico, el social, el cultural, el ambiental, el urbanístico, entre otros****, de allí que desde el artículo 313 numeral 7 de la Constitución se haya asignado* ***esta labor a los concejos municipales, cuyo origen democrático implica un acercamiento de sus integrantes con las necesidades de la comunidad y conocimiento de las realidades de cada municipio****.*

Cabe concluir, entonces, que ***la reglamentación de los usos del suelo es la más clara expresión de la descentralización y autonomía de los entidades territoriales por cuanto a través de ella se diseña y direcciona el desarrollo***

[9] *Referida en los artículos 311 y 313 numeral 7 de la Constitución Política*

> ***integral de las personas que habitan el territorio***. *La planificación de* ***las actividades que pueden realizarse en las distintas áreas de los municipios incide en todos los ámbitos: en la protección del ambiente sano[10], en el desarrollo industrial, económico, educativo y cultural de las entidades territoriales***. *(...)" Negrilla por fuera del original-.*

De acuerdo con ese precedente para la Sala queda que la reglamentación de usos de suelos es una herramienta para el ejercicio de la autonomía de las entidades territoriales, la cual se plasma dentro de los Planes de Ordenamiento Territorial (POT), en esa medida en el mismo se condesaran los lineamientos que orientaran la actividad, lo cual corresponde a las autoridades locales –Alcaldías y Concejos municipales- establecer de manera conjunta, coordinada y racional, buscando la salvaguarda del interés general, el desarrollo social, económico, cultural y la protección del medio ambiente.

El Municipio de Soata estableció el Plan Básico de Ordenamiento Territorial[11] -Acuerdo No. 021 de 2001-[12], su política de usos de suelos y en desarrollo de esa política, el PBOT del Municipio de Soata, estableció el "Políticas de Ocupación y Expansión Urbana"[13], y finalmente, frente a la clasificación de los usos de suelo urbano, el Plan Básico de Ordenamiento Territorial de Soata, dispuso:

> *"**TITULO III***
>
> ***Programa de Clasificación de los Usos del Suelo Urbano***
>
> *Se ha definido el uso del suelo urbano en vivienda, comercio, industrial, turístico, institucional y cultural.*
>
> *Vivienda: Es el uso destinado primordialmente para habitación o residencia en conjunto, con el equipamento básico del vecindario, se dará*

---

[10] *como fue definido en la sentencia C-339 de 2002.*

[11] *El Plan Básico de Ordenamiento Territorial - PBOT- del Municipio de Soata, allegado en cumplimiento de auto de mejor proveer de 28 de noviembre de 2017 (fl. 95 y vto.) y contenido en el Acuerdo Municipal No. 021 de 27 de noviembre de 2001 (fls. 100-147).*

[12] *De acuerdo con lo manifestado por el Municipio en escrito de 24 de octubre de 2017 (f. 88).*

[13] *En lo que interesa a este proceso, consagró lo siguiente: "**ARTÍCULO 64:** El sector Urbano está conformado por las siguientes zonas de tratamiento, que se presentan en el plano de zonificación urbana: //Zona de Desarrollo (ZDS): La zona de desarrollo no está congregada sino que aparece en distintos sectores dentro del perímetro actual del municipio y son zonas que no se han urbanizado (terrenos baldíos) y en el plano de zonas aparece con color naranja. Estas zonas de desarrollo se deben incorporar prontamente a los procesos de urbanización, se caracterizan por contar con infraestructura de servicios a bajos costos. Por lo tanto la administración municipal debe incentivar su ocupación según las demandas reales orientando la construcción de vías y redes de servicios públicos. La zona de desarrollo está contenida en las siguientes manzanas catastrales: 59-60-31-46-47 y otras áreas no registradas en el catastro. En estas zonas de desarrollo se puede ubicar la vivienda de interés social en número de 100 que es el déficit actual, un uso para recreación con un espacio público destinado a parque para suplir en parte el faltante del espacio pública. También se permite el uso comercial tipo 1 y tipo 2 el uso institucional administrativo y el uso turístico, el área de esta zona es de 9.03 Has." (fl. 116).*

prioridad al mejoramiento y preservación de las condiciones de áreas de vivienda. Quedan expresamente prohibidas en áreas de vivienda, las actividades que impliquen un deterioro de las condiciones ambientales, estéticas, de salud seguridad y moral, Las áreas para uso de vivienda se dividen en tres clases o grupos:

- Área de vivienda unifamiliar y/o bifamiliar. Son aquellas áreas designadas para ocupación de una o dos viviendas por predio.
- Área de vivienda multifamiliar; son aquellas áreas designadas para ocupación en altura de más de dos viviendas por predio
- Agrupación de vivienda; son aquellas áreas designadas para ocupación de más de dos viviendas por predio con copropiedad de áreas libres y comunales.

***Actividades Comerciales**: Se define como tal, aquellos establecimientos destinados a la venta, distribución y/o intercambio de bienes, productos o servicios, el comercio puede ser según su cobertura de dos clases;*

- Comercio de cobertura Zonal. Se refiere aquel destinado a la venta de bienes o servicios de consumo urbano principalmente, genera un mínimo de contaminación al aire y al agua, aunque algunos establecimientos pueden generar algún impacto negativo tanto urbano como social. Se clasifica en su mayor parte como tipo uno (1).
- Comercio de cobertura municipal y regional. Se refiere aquel destinado a la venta de bienes o servicios a nivel municipal y regional. Se clasifica como tipo dos (2) en adelante, según el grado de impacto requiere de localización e instalaciones especiales.
Para efectos de la localización y control de impactos el comercio se clasifican de la siguiente manera.

***Comercio Tipo1**.*
Se refiere al que no genera mayores impactos tanto ambientales como urbanos, no requieren concentración ni permanencia de flujos peatonales y vehiculares, y no producen ruidos ni olores contaminantes, pertenecen a este tipo la mayor parte del comercio de cobertura zonal. En la totalidad de los casos el establecimiento na puede superar una área de construcción mayor de 60 M2 Pertenecen a esta clasificación las siguientes actividades;
a) Venta de bienes
- Venta de artículos y comestibles de primera necesidad: frutería, panaderías, cafeterías, lácteos, carnes, salsamentaría, rancho, licores (sin consumo) tiendas y similares.
- Venta de artículos de consumo doméstico; droguería, papelería, y similares
- Elaboración casera de alimentos; galletas, ponqués, arequipes, cocadas, dulces, pan, arepas, tamales.
b) Venta de servicios
Venta de servicios personales sastrerías, modistería, peluquerías, salones de belleza, lavanderías, remontadotas de calzado y similares.
Servicio técnico y profesional: estudios fotográficos, turismo, estudios de profesionales, servicios médicos, odontológicos, veterinarios y de Arquitectura.

Comercio tipo 2.
Son aquellos establecimientos compatibles con la vivienda, que por su propia actividad generan algún impacto, tal como: congestión de tráfico, ruidos, olores. De este tipo hace parte principalmente el comercio de cobertura municipal y regional. A este grupo pertenecen los siguientes usos:

-Almacenes en general de venta al detal: ropa, telas, artículos para el hogar, muebles marqueterías, electrodomésticos, zapaterías, joyas, artesanías, artículos veterinarios, artículos deportivos, plásticos, ferreterías, compraventas, comidas rápidas, repuestos y talleres de electrodomésticos,
-Oficinas, bancos,, corporaciones, consultorios médicos y dentales, veterinarias y ópticas.
-Alimentación: restaurantes, asaderos, piqueteaderos, cafés,
-Turismo: Hoteles, albergues, hospedajes.
-Mercados.
-Academias y centros de enseñanza: belleza, artes marciales, físico-culturismo, corte y confección.
-Varios: Almacenes de repuestos, compra y venta de vehículos y maquinaria, artículos agropecuarios, lavanderías, litografías y laboratorios. -Parqueaderos.

Comercio Tipo 3: *Son establecimiento que debido a la magnitud de sus instalaciones y la generación de altos impactos, requieren una ubicación especial.*
(...)
Comercio Tipo 4: *Se refiere a aquellos establecimientos que tiene un impacto social negativo, por lo que tienen restricción en su localización.*
(...)
Institucional Administrativo. *Es una actividad especial destinada al servicio público de carácter administrativo como la Alcaldía, Juzgado, Notariado y Registro.*
(...)
Turístico. *" - Subraya muestras- (fls. 126 vto.-128).*

La Sala al contrastar el aparte del PBOT que se acaba de citar y lo dispuesto en el numeral 4° del Acuerdo demandado, observa que lo consagrado en el precepto demandado que señala el Departamento de Boyacá como trasgresor de las normas invocadas, se corresponde exactamente con lo consagrado en el PBOT, en esa medida, lo que hizo el Acuerdo No. 016 de 19 de agosto de 2017, fue ***reproducir en los aspectos pertinentes y aplicables al desarrollo de proyectos de vivienda elementos comunes que ya habían sido introducidos en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Soata –Acuerdo No. 0021 de 27 de noviembre de 2001-, por ello, no puede hablarse de una modificación.***

*En efecto el texto del artículo 4° del Acuerdo No. 016 de 2017, es idéntico a los preceptos del PBOT acabados de citar, únicamente observa esta Corporación que a lo manifestado en el PBOT, se agregó lo dispuesto en el parágrafo 1 que corresponde a en tenor literal, a lo siguiente: "****PARÁGRAFO 1:*** *Para la ejecución de Planes, Programas y Proyectos, se aplicaran las normas del Programa de Zonas de Tratamiento – Zonas de Desarrollo ZDS del Plan Básico Territorial y se mantienen las densidades establecidas." (fl. 23), lo cual, a juicio de esta Sala, tampoco comporta una modificación al PBOT. Sino una referencia para que sean atendidos los lineamientos dispuestos esa herramienta.*

Lo anterior, sería suficiente para descartar el cargo de invalidez, pues no se evidencia ninguna modificación en el PBOT, de las referidas por el Departamento de Boyacá en la demanda de invalidez, no obstante se considera necesario hacer tres precisiones adicionales antes de continuar con el estudio del segundo cargo de la demanda, así:

(i) en la demanda de invalidez, el Departamento de Boyacá, no hizo alusión a que la inclusión de determinados predios de zona rural establecida su localización en los artículos 2° y 3° del Acuerdo No. 016 de 2017, constituyera una afrenta o desconocimiento de los preceptos demandados, pues su argumentación giró entorno a que no podían introducirse usos de suelos diversos al de vivienda de interés social o interés prioritario, que corresponde al objeto de la excepción consagrada en la Ley 1753 de 2015, para efectuar por una sola vez modificaciones al POT, sin adelantar los trámites que trata la Ley 388 de 1997. Entonces atendiendo los límites que impone esta acción al juez, no resulta posible que se analice pues ello excede las motivaciones de la solicitud de invalidez y por el marco de competencia en este medio de control.

(ii) El desarrollo urbanístico en el sector urbano, tal como lo refiere el Municipio en su intervención y como lo indican las leyes de la experiencia, no es insular, no puede desplegarse una sola actividad, pues el desarrollo de centros urbanos implica que de manera concomitante y paralela al desarrollo de proyectos de vivienda, se prevean que ello implica un desarrollo de otros sectores y actividades que deben ser planificados, como el comercial, el de servicios administrativos y el turístico, que puede demandar la población que va a residir en esas zonas, o las personas que acudan a ese nuevo centro de desarrollo, claro sin dejar de lado, que el PBOT y demás normas urbanísticas.

Preceptos que establecen controles y restricciones, reflejados en disposiciones como las que contienen los usos de suelo, por ello existen las categorías de usos principales, complementarios y compatibles, a que el mismo artículo 91 de la Ley 1753 de 2015 refiere, pues resultaría problemático que en este tipo de procesos de desarrollo urbanístico se limite el uso de suelos únicamente a la vivienda, en tanto con posterioridad no podrán ejercer actividades diferentes y prestar servicios que serán reclamados por los residentes, vecinos y visitantes del sector.

Aceptar las razones expuestas por el Departamento llevaría a que se premie una visión que se contrapone con un desarrollo urbano integral y limiten el acaecimiento

de otros usos de suelo permitidos en el PBOT para la zonas de vivienda, pues conforme se lee en esa herramienta como en el acuerdo demandado y que resalta el Municipio de Soata a defender la validez del Acuerdo No. 016, los mismos no se contraponen a lo previsto en el Plan de Desarrollo –Ley 1753 de 2015-, en efecto, la norma consiente que para lograr que los proyectos de vivienda VIS y VIP, se requiere de otros usos del suelo para el crecimiento integral del sector o zona, así se deriva de una lectura detenida de la norma invocada como violada.

Entonces, no sólo no se trata de una modificación al PBOT sino que, contrario a lo señalado en la demanda, lo dispuesto en el Acuerdo No. 016 de 2017, deviene en un acatamiento de lo dispuesto en la Ley 1753 de 2015, pues la acción urbanística excepcional que consagra la norma, no es posible desarrollarla si no se atiende al concepto de desarrollo urbano integral.

Lo anterior, por cuanto la real modificación al PBOT, no se edificó en ese aspecto, sino en la trasformación de determinadas zonas rurales a urbanas –artículos 1 al 3 del Acuerdo No. 016 de 19 de agosto de 2017 (fls. 20-21)-, frente a lo cual se itera ningún reparo formuló el departamento de Boyacá en la solicitud de invalidez.

(iii) De acuerdo con el marco normativo en el sub lite el Municipio de Soata no requería de estudios técnicos para efectuar las modificaciones al PBOT que se introducen en el Acuerdo demandado, pues no se trata de normas de carácter estructural o general del PBOT, que son las que la norma señala que deben contar con tal requisito como se desprende de la lectura del artículo 6° del Decreto 4002 de 2004[14].

Para arribar a esa conclusión, resulta indispensable traer en cita lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 902 de 2004 que modificó el artículo 18 de la Ley 388 de 1997[15], que define que ha de entenderse por normas urbanísticas estructurales y

---

[14] *"...la modificación excepcional de alguna o algunas de las normas urbanísticas de* ***carácter estructural o general del Plan de Ordenamiento Territorial****, que tengan por objeto asegurar la consecución de los objetivos y estrategias territoriales de largo y mediano plazo definidas en los componentes General y Urbano del Plan de Ordenamiento Territorial, podrá emprenderse en cualquier momento, a iniciativa del Alcalde municipal o distrital,* ***siempre y cuando se demuestren y soporten técnicamente los motivos que dan lugar a su modificación****. (...)".*

[15] ***"Artículo 1°****. El artículo 15 de la Ley 388 de 1997 quedará así:* ***Artículo 15. Normas urbanísticas.*** *Las* ***normas urbanísticas regulan el uso, la ocupación y el aprovechamiento del suelo*** *y definen la naturaleza y las consecuencias de las actuaciones urbanísticas indispensables para la administración de estos procesos. Estas normas estarán jerarquizadas de acuerdo con los criterios de prevalencia aquí especificados y en su contenido quedarán establecidos los procedimientos* ***para su revisión, ajuste o modificación****, en congruencia con lo que a continuación se señala. En todo caso los municipios que integran áreas metropolitanas deberán ajustarse en su determinación a los objetivos y criterios definidos por la Junta Metropolitana, en las asuntos de su competencia.*
1. ***Normas urbanísticas estructurales***

Son las, que aseguran la consecución de ***los objetivos y estrategias adoptadas en el componente general del plan y en las políticas y estrategias de mediano plazo del componente urbano.*** *Prevalecen sobre las demás normas, en el sentido de que las regulaciones de los demás niveles no pueden adoptarse ni modificarse contraviniendo lo que en ellas se establece, y* ***su propia modificación solo puede emprenderse con motivo de la revisión general del plan o excepcionalmente a iniciativa del alcalde municipal o distrital,*** *con base* ***en motivos y estudios técnicos debidamente sustentados.*** *Por consiguiente, las normas estructurales incluyen, entre otras: 1.1 Las que clasifican y delimitan los suelos, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo IV de esta ley. 1.2 Las que establecen* ***áreas y definen actuaciones y tratamientos urbanísticos relacionadas con la conservación y el manejo de centros urbanos e históricos****; las que* ***reservan áreas para la construcción de redes primarias de infraestructura vial y de servicios públicos,*** *las que reservan espacios libres para* ***parques y zonas verdes de escala urbana y zonal*** *y, en general, todas las que se refieran al* ***espacio público vinculado al nivel de planificación de largo plazo.*** *1.3 Las que definan las* ***características de las unidades de actuación*** *o las que establecen* ***criterios y procedimientos para su caracterización, delimitación e incorporación posterior,*** *incluidas las que adoptan procedimientos e instrumentos de gestión para orientar, promover y regular las actuaciones urbanísticas vinculadas a su desarrollo. 1.4 Las que establecen* ***directrices para la formulación y adopción de planes parciales.*** *1.5 Las que definan las* ***áreas de protección y conservación de los recursos naturales y paisajísticos,*** *las que delimitan* ***zonas de riesgo y en general, todas las que conciernen al medio ambiente, las cuales en ningún caso, salvo en el de la revisión del plan, serán objeto de modificación.***

2. ***Normas urbanísticas generales***

Son aquellas que permiten establecer ***usos e intensidad de usos del suelo, así como actuaciones, tratamientos y procedimientos de parcelación, urbanización, construcción e incorporación al desarrollo de las diferentes zonas comprendidas dentro del perímetro urbano y suelo de expansión.*** *Por consiguiente,* ***otorgan derechos e imponen obligaciones urbanísticas a los propietarios de terrenos y a sus constructores, conjuntamente con la especificación de los instrumentos que se emplearán para que contribuyan eficazmente a los objetivos del desarrollo urbano*** *y a sufragar los costos que implica tal definición de derechos y obligaciones. En razón de la vigencia de mediano plazo del componente urbano del plan, en ellas también debe establecerse la oportunidad de su revisión y actualización e igualmente, los motivos generales que a iniciativa del alcalde permitirán su revisión parcial. En consecuencia, además de las regulaciones que por su propia naturaleza quedan contenidas en esta definición, hacen parte de las normas urbanísticas: 2.1* ***Las especificaciones de aislamientos, volumetrías y alturas para los procesos de edificación.*** *2.2 La* ***determinación de las zonas de renovación,*** *conjuntamente con la definición de prioridades, procedimientos y programas de intervención. 2.3 La adopción de* ***programas, proyectos y macroproyectos urbanos*** *no considerados en el componente general del plan. 2.4 Las características de la* ***red vial secundaria, la localización y la correspondiente afectación de terrenos para equipamientos colectivos de interés público o social a escala zonal o local,*** *lo mismo que la delimitación de espacios libres y zonas verdes de dicha escala. 2.5 Las especificaciones de las* ***redes secundarias de abastecimiento de los servicios públicos domiciliarios.*** *2.6 Las especificaciones de las* ***cesiones urbanísticas gratuitas, así como los parámetros y directrices para que sus propietarios compensen en dinero o en terrenos,*** *si fuere del caso. 2.7 El señalamiento de las* ***excepciones a estas normas para operaciones como macroproyectos o actuaciones urbanísticas en áreas con tratamientos de conservación, renovación o mejoramiento integral*** *para las cuales se contemplen normas específicas a adoptar y concertar, en su oportunidad, con los propietarios y comunidades interesadas, estableciendo los parámetros, procedimientos y requisitos que deben cumplirse en tales casos excepcionales. 2.8 Las demás previstas en la presente ley o que se consideren convenientes por las autoridades distritales o municipales.*

3. ***Normas complementarias***

Se trata de aquellas relacionadas con las actuaciones, programas y proyectos adoptados en desarrollo de las previsiones contempladas en los componentes general y urbano del plan de ordenamiento, y que deben incorporarse al Programa de ejecución que se establece en el artículo 18 de la presente ley. También forman parte de este nivel normativo, las decisiones sobre las acciones y actuaciones que por su propia naturaleza requieren ser ejecutadas en el corto plazo y todas las regulaciones que se expidan ***para operaciones urbanas específicas y casos excepcionales,*** *de acuerdo con los parámetros, procedimientos y autorizaciones* ***emanadas de las normas urbanísticas generales.*** *Entre otras, pertenecen a esta categoría: 3.1* ***La declaración e identificación de los terrenos e inmuebles de desarrollo o construcción prioritaria.*** *3.2 La localización de terrenos cuyo* ***uso es el de vivienda de interés social*** *y la reubicación de asentamientos humanos localizados en zonas de alto riesgo. 3.3 Las normas urbanísticas específicas que se expidan en desarrollo de planes parciales para unidades de actuación urbanística y para otras operaciones como macroproyectos urbanos integrales y actuaciones en áreas con tratamientos de renovación urbana o mejoramiento integral, que se aprobarán de conformidad con el artículo 27 de la presente ley.* ***Parágrafo.*** *(sic) Las normas para la*

generales y además consagra una tercera tipología de normas urbanísticas, las normas complementarias, de cuya lectura se evidencian los aspectos que regulan las normas generales y estructurales, frente a las que se requiere contar con los estudios técnicos que soporten su modificación, conforme lo prescribe el artículo 6° del Decreto 4002 de 2004, invocado como desconocido por el Acuerdo demandado.

En este caso, lo que contiene el Acuerdo No. 016 de 19 de agosto de 2017, es un ajuste al PBOT, incluyendo zonas que están ubicadas en el sector rural para incluirlas en el sector urbano del municipio, con el fin de desarrollar proyectos de vivienda, infraestructura social y usos complementarios y compatibles que soportan el desarrollo de vivienda en virtud de la facultad excepcional que consagró la Ley 1753 de 2015 artículo 91, para el periodo 2015-2020, en especial, proyectos de vivienda de interés social e interés prioritario; en esa medida los aspectos que fueron ajustados al PBOT, localización de un sector rural a urbano para el desarrollo de proyectos de vivienda, no pueden enmarcarse en ninguna de las normas de carácter general o estructural.

Por el contrario, corresponde a la categoría de normas complementarias, específicamente las que trata los numerales 3.1. y 3.2. del artículo 1° de la Ley 902 de 2004, modificatorio del artículo 15 de la Ley 388 de 1997, a saber: "(...) 3.1 La declaración e identificación de los terrenos e inmuebles de desarrollo o construcción prioritaria. 3.2 La localización de terrenos cuyo uso es el de vivienda de interés social y la reubicación de asentamientos humanos localizados en zonas de alto riesgo. (...)", entonces, se reitera, no resultaba necesaria la realización de los ***estudios técnicos*** *que echó de menos el Departamento de Boyacá al momento de formular la demanda, situación que fue además soportada en las explicaciones contenidas en el oficio de 24 de octubre de 2017 (fls. 87-93).*

Resulta así admisible lo sostenido por la apoderada del Municipio de Soata, cuando señaló:

> *"(...) La localización del Uso de Vivienda en el Tratamiento del Desarrollo, de acuerdo con la clasificación realizada en el Acuerdo No. 021 de 2001, está dada por la complementación con usos que la puedan soportar, es decir que se pueda desarrollar la actividad habitacional con otros usos de bajo*

---

urbanización y construcción de vivienda ***no podrán limitar el desarrollo de programas de vivienda de interés social, de tal manera que las especificaciones entre otros de loteos, cesiones y áreas construidas deberán estar acordes con las condiciones de precio de este tipo de vivienda. Parágrafo 2°.*** *Los planes de ordenamiento territorial de los municipios y distritos, no podrán establecer* ***usos compatibles entre servicios de alto impacto referidos a la prostitución y actividades afines, con usos para vivienda y dotacionales educativos****. El Gobierno Nacional reglamentará la materia en un término no mayor de sesenta (60) días." –Subraya y Negrilla fuera del original-.*

> *impacto que permitan su sostenimiento, y por el contrario no generen deterioro ambiental entre otras problemáticas urbanas en el entorno inmediato. Es por esto que dentro de la clasificación para este tratamiento* ***se exceptúan usos de alto impacto*** *como el Comercio Tipo III y Tipo IV, Industrial, Institucional de Servicios y demás. Entre otras cosas, como se dijo anteriormente, este tipo de tratamiento está dado para los predios urbanizables no urbanizados en el suelo urbano o de expansión urbana, es decir de sin preexistencia de ningún tipo de actuación edificatoria, lo cual se corrobora con la exigencia contenida en el numeral 1° del artículo 47 de la Ley 1537 de 2012, modificado por el artículo 91 de la Ley 1753 de 2015 en el sentido que para la ejecución de los predios a ser incorporados al perímetro urbano se aplicarán las normas del tratamiento urbanístico de desarrollo y* ***no se requerirá de ningún otro instrumento de gestión para su habilitación,*** *además de la inclusión de la respectiva clasificación y tratamientos específicos del suelo." (fl. 93)*

De acuerdo, a lo anterior, tampoco prospera el alegado desconocimiento del artículo 6° del Decreto 4002 de 2004, frente a la necesidad que en este caso de ajuste excepcional del PBOT, se requirieran los estudios técnicos y soportes reclamados, pues las aspectos ajustados ***no hacen referencia a normas urbanísticas estructurales o generales****, que son las que reclaman en caso de modificación excepcional dichos estudios.*

Así las cosas, el cargo de invalidez relacionado con la inclusión de usos de suelos diversos a los que prevé el Plan de Desarrollo Nacional –Ley 1753 de 2015- y la falta de estudios técnicos que los soporten no prosperan.

El otro cargo de invalidez, se refiere a que pese a que en la parte motiva del acuerdo se hizo referencia a que fue realizado cabildo abierto el 30 de mayo de 2017, sin embargo no fue aportada acta o certificación sobre su realización (fl. 5).

Es claro que dicha situación no permite un análisis directo sino que el mismo tiene que estar mediado por la prueba conducente, pertinente y útil, sin embargo, a pesar que ello correspondía a la demandante, basta observar el escrito introductorio para concluir que en materia probatoria, ningún esfuerzo se realizó, limitándose, por el contrario, a citar las disposiciones legales.

En efecto, quien acude a la jurisdicción debe probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el derecho pretendido, conforme al principio procesal conocido como 'onus probandi, incumbit actori'. Al respecto ha expuesto el Consejo de Estado:

> *"...La carga de la prueba es "una noción procesal que consiste en una* ***regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al***

> ***juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos***". *Así pues,* ***la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado suma en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. El contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico*** *(constitutivo, declarativo o de condena)* ***esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento...***". [16] *(negrilla fuera del texto)*

Al anterior deber no escapa la solicitud de invalidez de un Acuerdo Municipal.

Sin embargo, la entidad municipal, con el escrito de contestación, aportó copia de las Actas No. 044 de mayo 30 de 2017 (fls. 54-64) y No. 045 de junio 7 de 2017 (fls. 66-79) que dan cuenta que fue realizado cabildo abierto, la Sala encuentra suplido el requisito y por tanto, descarta el cargo de invalidez.

En conclusión, la Sala habrá de denegar la solicitud de invalidez del Acuerdo No. 016 de 19 de agosto de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Soata formulada por el Departamento de Boyacá.

- ***De la revisión del Acuerdo:***

Finalmente reiterará esta providencia, ***como se ha hecho en oportunidades anteriores****, que si bien el Gobernador está facultado para solicitar que el Tribunal decida sobre la validez de los Acuerdos que considere ilegales y/o inconstitucionales, ello no lo exime del* ***deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia****; de forma que, cuando decide ejercer esta facultad constitucional, es coherente con el ejercicio de su función administrativa, constatar la existencia de los motivos que sustentarán la solicitud, verificando las circunstancias fácticas del caso.*

No es de recibo para esta Sala que al presentar la objeción el apoderado del Departamento de Boyacá afirme:

> *"2. De otra parte, el Honorable Concejo municipal de Soatá, argumenta que la Administración municipal, en aras de dar cumplimiento a lo establecido en ponencia del Magistrado Fabio Iván Afanador García de fecha 31 de mayo de 2016, donde declara la Invalidez del Acuerdo No. 003*

[16] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de fecha veinticuatro (24) de septiembre de dos mil nueve (2009), proferida dentro del proceso radicado bajo el No. 25000-23-26-000-1994-00297-01(17760), Consejero ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.*

> *del 17 de mayo de 2014" Por medio del cual se ajusta el Plan Básico de Ordenamiento Territorial, del Municipio de Soatá adoptado mediante Acuerdo 021 de 2001, incorporando al perímetro urbano, predios requeridos para la construcción de vivienda de interés social y vivienda de interés prioritario y se dictan otras disposiciones", realizó el día 30 de mayo de 2017 en las Instalaciones del Concejo Municipal el respectivo Cabildo abierto previo al estudio y análisis del proyecto de ajuste del plan de ordenamiento, de lo cual no anexan acta ni certificación de la realización del mismo, por lo que a esta oficina no le consta." (fl. 5) Subrayado fuera de texto.*

No está excluida la solicitud de invalidez, ni siquiera dada su naturaleza constitucional, de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP que regula la carga de la prueba, aunque al activarse la jurisdicción, en atención al carácter anotado, el juzgador la impulse oficiosamente y decrete pruebas de oficio tendientes a establecer la verdad procesal, como sucedió en este caso.

Dice el artículo 82 de la Ley 136 de 1994:

> *"Artículo 82°.- **Revisión** por parte del Gobernador. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, el alcalde **enviará copia del acuerdo** al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución. **La revisión** no suspende los efectos de los acuerdos." (Resaltado fuera de texto)*

*Obsérvese que la norma constitucional impone al Gobernador el deber de **revisar** los actos de los Concejos Municipales y por **motivos** de ilegalidad o inconstitucionalidad remitirlos al Tribunal para que decida sobre su validez. **Revisar**, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa:*

> ***1.** tr. Ver con atención y cuidado.*
> ***2.** tr. Someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo.*
> ***3.** tr. actualizar (‖ poner al día).*

En estas condiciones, no puede aceptarse que sin revisar si se cumplen los requisitos legales y/o constitucionales y presumiendo su inexistencia. Conforme a la norma el deber del municipio es enviar copia del Acuerdo para revisión, pero nada más, como erradamente lo afirma el apoderado.

*Entonces, en casos como el presente, cuando al **revisar** el Acuerdo Municipal el Departamento considere que requiere de soportes documentales que den cuenta del acatamiento de los requisitos de ley, la instancia competente en el Departamento de Boyacá al **revisarlo**, se reitera, está en el deber de requerirlo lo*

necesario para verificar si, en efecto, se presentan ***motivos***[17] *de ilegalidad o inconstitucionalidad que ameriten que el Gobernador solicite al Tribunal que examine su validez. Lo contrario va en perjuicio del principio de eficacia, economía y celeridad propias de* ***todo procedimiento administrativo***[18] *y, por contera, atenta contra el deber de tutela judicial efectiva al congestionar innecesariamente a la jurisdicción, obstaculizando así la justicia material.*

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 3, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1) ***Negar la invalidez*** *del Acuerdo No. 016 de 19 de agosto de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Soata, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
2) ***Comuníquese*** *la presente providencia al Alcalde, al Presidente del Concejo, al Personero del Municipio de Soata y al Gobernador de Boyacá.*
3) *En firme esta providencia* ***ARCHÍVESE*** *el expediente.*

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas
Demandante: Departamento de Boyacá
Demandado: Municipio de Soata
Expediente: 15001 2333 000 2017 00676 00
"Invalidez Acuerdo Municipal No. 016 de 19 de agosto de 2017"

[17] *http://dle.rae.es/?id=PwDYZEz* "**2.** *m. Causa o razón que mueve para algo.*"

[18] *Artículo 3° numerales 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011*

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

12 DIC. 2017

CLASE PROCESO	VALIDEZ DE ACUERDO
REFERENCIA:	150012333000-2017-0678-00
DEMANDANTE:	DEPARTAMENTO DE BOYACA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE PARE
TEMAS:	FIJAN ESCALA MÁXIMAS DE REMUNERACIÓN PARA LOS DIFERENTES NIVELES JERARQUICOS A QUE PERTENECEN LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL
DECISIÓN:	ACCEDER PRETENSIONES

Agotados los ritos propios del Decreto 1333 de 1986, profiere la Sala sentencia de única instancia.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, promovió la acción constitucional de Control de Validez frente al Acuerdo No. 009 del 19 de agosto de 2017, expedido por el Concejo municipal de San José de Pare y sancionado por el Alcalde municipal de la misma localidad.

1.1. DECLARACIONES Y CONDENAS

Pretende la parte actora se declare la Invalidez del Acuerdo No. 009 del 19 de agosto de 2017, expedido por el Concejo municipal de San José de Pare por medio del cual **"SE ADOPTA LA ESCALA SALARIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE PARE – BOYACÁ Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES".**

Así mismo, solicitó que esta Corporación emita pronunciamiento respecto de las actuaciones posteriores que debe surtir el funcionario municipal competente, con base en la explicación del concepto de la violación.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La apoderada del Departamento de Boyacá sostuvo que el Concejo Municipal de San José de Pare profirió el Acuerdo No. 009 del 19 de agosto de 2017, por medio del cual se fijan escalan máximas de remuneración para los diferentes niveles jerárquicos a que pertenecen los funcionarios de la administración central con retroactividad al 1° de enero de 2017. Que tal Acuerdo fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 29 de agosto de 2017.

Precisó, que una vez realizada la revisión jurídica prevista en el numeral 10 del artículo 305 Superior, se encontró que el acuerdo citado es contrario a la Ley.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Citó como normas transgredidas los artículos 6, 121, 313, 315 de la Constitución Política, 1 al 4, 15, 16 al 20 del Decreto 785 de 2005, el 41 de la Ley 136 de 1994, el 35 de la Ley 734 de 2002 y el 12 de la Ley 4 de 1992.

Para explicar el concepto de violación, la entidad accionada señaló que el Acuerdo No. 009 del 19 de agosto de 2017, aprobado por el Concejo municipal de San José de Pare, es violatorio de las normas antes mencionadas, en razón a que se le asignó a cada nivel jerárquico de los empleados del ente territorial una asignación máxima mensual, desconociendo que su competencia en virtud del artículo 313 superior, es establecer las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del municipio, ya que es bien distinto fijar un límite máximo para cada nivel, a establecer unos grados salariales o de remuneración para los diferentes empleos que conformar cada uno de los niveles.

Insiste que la atribución de los Concejos Municipales es la de "*determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos*", mientras que la facultad de los Alcaldes, es la de "*fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes*".

Que conforme con el marco normativo aplicable el acuerdo cuestionado, no establece o fija escala salarial alguna por niveles o categorías de empleos, pues solo se limita a establecer unos límites o techos de asignación máxima mensual para cada uno de los niveles jerárquicos de la

administración pública, desconociendo, además y de tajo la sucesión sistemática, ordenada y progresiva de valores para cada uno de los diferentes niveles o categorías de empleos, razón de ser de una escala.

2. TRÁMITE PROCESAL.

La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja el 14 de septiembre de 2017 (fl. 34), fue admitida mediante auto del 21 de septiembre de 2017 (fl. 36) y fue sometida a las ritualidades propias del proceso, previstas en el numeral 5° del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011 y en el Decreto Ley 1333 de 1986. Así mismo, se observa que la entidad demandada y el Ministerio Público se pronunciaron respectivamente (fls. 43-48, 49-52)

Mediante providencia del 27 de octubre de 2017 (fl. 74), se omitió la etapa probatoria, como quiera que no existían pruebas por practicar, por tanto corresponde dictar la sentencia que en derecho corresponda.

3. CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Municipio de San José de Pare:

Se pronunció dentro del término de fijación en lista, haciendo alusión al origen del concepto de las escalas de remuneración, trajo a colación la Sentencia C-510 de 1999, proferida por la Corte Constitucional, para concluir que al Acuerdo bajo estudio no estableció o fijó escala salarial para las diferentes categorías o niveles de empleos, por el contrario incorporó el empleo al cual se le asigna el respectivo salario.

Finalmente dijo que el Concejo Municipal de San José de Pare, no determinó el valor o asignación de cada uno de los empleos, lo cual no vulneró las competencias del alcalde, al contrario dejó dicha función en cabeza del burgomaestre.

El Ministerio Público:

El agente del Ministerio Público, conceptuó en esta oportunidad señalando respecto de la fijación de los límites máximos salariales, que a pesar de la concurrencia funcional en materia de fijación del régimen

salarial de los servidores públicos territoriales, el ordenamiento define claramente las funciones que le atañe a cada uno de los intervinientes concurrenciales, es decir, que resulta perfectamente escindible e identificable las competencias que sobre el particular tiene el Congreso de la Republica, el Gobierno Nacional, los Concejos Municipales y los Alcaldes.

Que para el caso en cuestión, el acuerdo municipal no fijó una escala salarial de conformidad con los parámetros sistemáticos y ordenados de valores para cada uno de los empleos y al contrario, establece un nivel jerárquico de empleos y una escala máxima de remuneración, extralimitando por tanto, sus funciones, en la medida que esa competencia radica en el Gobierno Nacional.

II. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite del proceso, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Corresponde a la Sala determinar: **i)** si con la expedición del Acuerdo No. 009 del 19 de agosto de 2017, el Concejo Municipal de San José de Pare se excedió en sus funciones al establecer un límite máximo de remuneración mensual para los niveles jerárquicos del municipio?, **ii)** si el incremento salarial para los empleos de la administración local del Municipio de San José de Pare establecido para el año 2017, transgredió normas de carácter constitucional y legal?

De la interpretación de los actos procesales de introducción y contradicción, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso, desplegada por el Departamento de Boyacá, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

- **Tesis argumentativa propuesta por la Sala.**

La Sala declarará la invalidez del Acuerdo No. 009 del 19 de agosto de 2017, expedido por el Concejo Municipal de San José de Pare, *en razón a que se excedió en las atribuciones concedidas por la Constitución y la Ley para establecer la escala salarial de los empleados del nivel central, determinando los emolumentos que le correspondían a los cargos del ente*

municipal, potestativo únicamente del Alcalde Municipal.

2. DEL MATERIAL PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes, por lo tanto, se tendrán como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en su conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

- Acuerdo No. 009 del 19 de agosto de 2017, por medio del cual **"SE ADOPTA LA ESCALA SALARIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE PARE – BOYACÁ Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"** (fl. 12-16)

- Certificado expedido por la Secretaria General del Concejo municipal de San José de Pare en el que manifiesta que el Acuerdo No. 009 de 2017, fue debatido en sus debates reglamentarios el 11 de agosto de 2017 (primer debate) y 19 de agosto de 2017 (segundo debate), (fl. 16).

- Constancia secretarial de la Personería Municipal de San José de Pare, del 25 de agosto de 2017, por el cual se manifiesta que se fija en la cartelera municipal el Acuerdo No. 009 de 2017 (fl. 17).

- Constancia de sanción del Acuerdo No. 009 de 19 de agosto de 2017 por parte del Alcalde municipal de San José de Pare (fl. 16 vto).

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. De la competencia de los Concejos Municipales para establecer la escala salarial de los empleos de la administración central.

Esta Corporación en oportunidad anterior[1], ya se había referido al tema debatido en el *sub lite*, por lo que se recoge la postura de la siguiente manera, para *a posteriori* aterrizar al caso concreto:

---

[1] *Tribunal Administrativo de Boyacá, expediente 150001233300020130083 1-00, providencia del 31 de marzo de 2014, MP Javier Ortiz del Valle*

La Constitución Política de 1991 en el artículo 150 numeral 19, literales e) y f), le otorgó al Gobierno Nacional la potestad de definir el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, con sujeción a los objetivos y criterios generales que fije el Congreso de la República mediante ley.

Como consecuencia de la disposición constitucional, el Congreso expidió la **Ley 4ª de 1992**, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales, y se dictan otras disposiciones, estableciendo en su **artículo 12**, lo siguiente:

> *"El régimen prestacional de los servidores públicos de las Entidades Territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.*
>
> *En consecuencia, no podrán las Corporaciones Públicas Territoriales arrogarse esta facultad.*
>
> *PARAGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional".* (Cursiva y subrayado fuera de texto)

En demanda de constitucionalidad del artículo en referencia, la Corte Constitucional en Sentencia C-315 de 1995, consideró en relación con la competencia para fijar un tope máximo salarial en el nivel territorial por parte del Gobierno lo siguiente:

> *"...La determinación de un límite máximo salarial, de suyo general, si bien incide en el ejercicio de las facultades de las autoridades territoriales, no las cercena ni las torna inocuas. Ni el Congreso ni el Gobierno sustituyen a las autoridades territoriales en su tarea de establecer las correspondientes escalas salariales y concretar los emolumentos de sus empleados. Dentro del límite máximo, las autoridades locales ejercen libremente sus competencias. La idea de límite o de marco general puesto por la ley para el ejercicio de competencias confiadas a las autoridades territoriales, en principio, es compatible con el principio de autonomía.*
>
> *Lo contrario, llevaría a entronizar un esquema de autonomía absoluta, que el Constituyente rechazó al señalar: "Las entidades*

territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley".

La economía, eficacia y eficiencia en el gasto público, en todos los ámbitos, es un principio que tiene pleno sustento constitucional y sobre su importancia en una sociedad democrática, soportada en la tributación equitativa y en el correlativo deber de las autoridades de hacer uso adecuado de los recursos aportados por la comunidad, no es necesario abundar. La fijación a este respecto de un límite máximo al gasto burocrático, constituye un medio idóneo para propugnar la eficiencia y economía del gasto público y, de otro lado, estimular que los recursos del erario nacional y de las entidades territoriales en mayor grado se destinen a la atención material de los servicios públicos..." (Resaltado fuera de texto).

Por su parte, el numeral 7 del artículo 315 de la Constitución Política, establece como una de las atribuciones del Alcalde la siguiente:

"crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado" (resaltado fuera de texto)

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia C-510 del 14 de julio de 1999, definió la órbita de competencias en materia de fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así:

"...4.2. Dentro de este contexto, se pregunta, ¿Cuál es el marco de competencia de las corporaciones públicas territoriales en materia salarial y prestacional de los empleados de su administración?

4.2.1. La propia Constitución da una primera respuesta a este interrogante, cuando en el artículo 150, numeral 19, inciso final, establece ***que las funciones dadas al Gobierno Nacional en materia de prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y que éstas tampoco podrán arrogárselas. Debe entenderse, entonces, que corresponde única y exclusivamente al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales, siguiendo, obviamente, los parámetros establecidos por el legislador en la ley general.***

En tratándose de los trabajadores oficiales de estas entidades, al Gobierno solamente le corresponde regular el régimen de prestaciones sociales mínimas, según lo establece el literal f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución. Es decir, que a partir de esos mínimos, las corporaciones públicas territoriales podrían establecer un régimen prestacional mayor al señalado por el Gobierno Nacional, sin que pueda entenderse que estos entes están usurpando competencia alguna en cabeza del ejecutivo central.

4.2.2. En cuanto a la asignación salarial, la respuesta se encuentra en el parágrafo del artículo 12 de la ley 4ª de 1992, cuando señala que "El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores –se refiere a los de las entidades territoriales- guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional"...

4.3. En estos términos, para la Corte es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: ***Primero****, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen.* ***Segundo****, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador.* ***Tercero****, las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate.* ***Cuarto****. Los Gobernadores y Alcaldes que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para tal efecto dicten las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, en las Ordenanzas y Acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional*". (Cursiva y subrayado fuera de texto).

Al respecto, vale la pena referirse a lo que esta Corporación ha considerado en otras ocasiones sobre el tema en estudio,[2] como sigue:

"Tal como lo precisa la Corte, ***los límites que dispone el Congreso o el Gobierno Nacional no sustituyen las facultades de los entes territoriales para que, dentro de ellos concreten los emolumentos***

[2] *Sala de Decisión No. 1. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Expediente: 15001313301320010285801, Demandante: Moisés Suarez Bohórquez. Demandado: Departamento de Boyacá.*

de sus empleados. Por supuesto, es claro y no obstante necesario señalar que estas facultades no pueden ejercerse para crear prestaciones sociales como bien lo ha dejado sentado el Consejo de Estado al precisar en la misma providencia que ha delimitado este estudio que "...Esta Corporación ha sostenido que la facultad atribuida a las Asambleas y Concejos para fijar las escalas salariales es para determinar los grados o niveles para las distintas categorías de empleos y no para crear elementos salariales o factores salariales..."

Además de aceptarse que las entidades territoriales perdieron toda competencia en la determinación salarial de sus empleados ninguna finalidad podría tener el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992 cuando señala "...Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos".

...

Para dar respuesta a lo anterior, a la utilidad y a la coherencia del sistema normativo es necesario descender a las funciones constitucionales conferidas a las asambleas departamentales (art.300 num.7°) y los concejos municipales (art.313 num. 6°) normas que las facultan para establecer las escalas de remuneración de sus empleados, dentro de los límites de la Constitución y, en especial, a la Ley Marco y los decretos nacionales"

De otra parte, el Decreto 785 de 2005 "*Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004*", en su artículo 2° define el **empleo** (razón de ser de las escalas salariales), como "*el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo*". Ahora bien, de conformidad con el artículo 3° *ibídem*, según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial en las entidades territoriales.

Los mencionados niveles jerárquicos se agrupan según la naturaleza de sus funciones, en una serie de empleos; cada uno identificado con un código de tres (3) dígitos, donde el primer digito indica el nivel y el segundo la denominación o nombre del empleo (artículo 15, Decreto 785 de 2005).

A su turno, los artículos 16 al 20 *ibídem*, integran la nomenclatura y la clasificación especifica de los empleos, según al nivel que corresponda, y para los efectos de la remuneración de cada uno de esos empleos, dicho código deberá ser adicionado hasta con dos dígitos más, que corresponderán a los grados de asignación básica de acuerdo a las escalas de remuneración que las Asambleas y los Concejos fijen para las distintas categorías de empleos (art. 15 Decreto 785 de 2005).

En otras palabras, el grado salarial es el número de orden que indica la asignación mensual del empleo dentro de una escala numérica, sucesiva y progresiva, establecida para el respectivo nivel o categoría de empleos, según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones, v.gr. las escalas salariales que año tras año el Gobierno Nacional fija mediante decreto para los distintos niveles o categorías de empleos de las diferentes entidades y organismos del Estado del orden nacional, donde:

i) la primera columna señala los grados de remuneración, consistentes en dos dígitos que, como ya se dijo, complementan los códigos que corresponden a las distintas denominaciones o nombre de los empleos que conforman cada una de las diferentes categorías o niveles jerárquicos.

ii) La segunda columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel directivo.

iii) La tercera columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel asesor.
iv) La cuarta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel profesional.

v) La quinta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel técnico.

vi) La sexta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel asistencial.

Ahora bien, conforme al establecimiento de la escala salarial para los diferentes niveles de empleo de la administración central, por el Concejo Municipal, le corresponde al Alcalde Municipal, asumir su competencia de conformidad con el numeral 7° del artículo 315 Superior, para fijar la

respectiva asignación salarial a cada uno de los empleos que conforman la planta de personal.

Así pues, concretados los fundamentos constitucionales, legales y los pronunciamientos jurisprudenciales, en lo que atañe al asunto que ocupa la atención de la Sala, es evidente que en el nivel territorial, son las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales según sea el caso, a quienes corresponde **determinar las escalas o tablas de remuneración salarial** de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate; y los Gobernadores y Alcaldes son los que **deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias**, teniendo en cuenta las estipulaciones que para tal efecto dicten las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, en las Ordenanzas y Acuerdos respectivamente. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.

Valga la pena traer a colación lo que doctrinariamente se ha entendido por **escala salarial**:

> *"**Tabla salarial. Concepto.** Empezamos por ella porque es la espina dorsal del sistema salarial y consiste **en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir, ubicados desde el inferior hasta el superior, para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas,** las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio.*
>
> *Obviamente, la tabla de remuneraciones en sí sola carece de mayor o menor significación y lo definitivo en ella son los criterios e instrumentos para su utilización y manejo. Así, los procedimientos de clasificación de puestos descritos en el capítulo que antecede, servirán posteriormente para referir y encuadrar en los grados mayores los puestos más elevados en cada serie o denominación y en los inferiores los distinguidos por las tareas más elementales, según la diferente dificultad o complejidad que los empleos presenten. Por lo tanto, es la clasificación del proceso que tenderá a ubicar acertada y racionalmente un empleo dado."*[3]

Y sobre este aspecto, el Consejo de Estado[4] se ha pronunciado de la siguiente manera:

---

[3] Younes Moreno, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Ed. Temis. Año 2001. Pág.98
[4] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE, Bogotá D. C., diciembre trece (13) de dos mil cuatro (2004), Radicación número:

"El concepto escalas de remuneración comienza a utilizarse en nuestro orden constitucional a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1968, el cual precisó que corresponde al **Congreso** *"Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y* ***fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos,*** *así como el régimen de sus prestaciones sociales." - artículo 11 - modificatorio del artículo 76 -.*

A su vez, el artículo 41, numeral 21 - modificatorio del 120 - facultó al ***Presidente de la República*** *para "Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los subalternos del Ministerio Público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que* ***fijar sus dotaciones y emolumentos,*** *todo, con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9° del artículo 76".*

A su turno, el artículo 57- 5 - modificatorio del 187 - atribuyó a ***las asambleas,*** *la potestad de "Determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias* ***y las escalas de remuneración*** *correspondiente a las distintas categorías de empleo.". El artículo 60- 9 - modificatorio del 194 -, dispuso como función del* ***Gobernador*** *la de "Crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que* ***fijar sus emolumentos,*** *con sujeción a las normas del ordinal 5° del artículo 187". El artículo 62-3 - modificatorio del 197 -, precisó como atribución de los* ***concejos,*** *la de "***Determinar** *la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y* ***las escalas de remuneración*** *correspondientes a las distintas categorías de empleos"[5].*

1518 (Ampliación), Actor: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA, Referencia: Escalas de remuneración. Alcance del concepto.

[5] *El artículo 92-3 del decreto 1333 de 1986, establece como atribución de los concejos municipales la de "Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos". El artículo 288 ibídem consagró que "Corresponde a los concejos, a iniciativa del Alcalde respectivo, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos."; el artículo 289 ibídem prescribe que el Concejo expide normas sobre remuneración de empleos y el artículo 290 ibídem determina que "Las funciones a que se refieren los artículos anteriores en el caso de las entidades descentralizadas municipales, serán cumplidas por las autoridades que señalen sus actos de creación o sus estatutos orgánicos." Por su lado, el artículo 129 del decreto 1421 de 1993 contempló que: "Regirán en el Distrito y sus entidades descentralizadas las disposiciones que se dicten en desarrollo del artículo 12 de la ley 4ª de 1992." El artículo 12, inciso octavo, ibídem atribuyó al Concejo Distrital la facultad de "Determinar la estructura general de la administración central (...) adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de*

De esta manera se concluye que el Constituyente de 1991 retomó el concepto de escalas de remuneración del Acto Legislativo No. 1 de 1968 y atribuyó a las autoridades seccionales y locales funciones afines en esta materia a las que venían ejerciendo en vigencia de la Constitución anterior".

4. CASO CONCRETO.

El Concejo Municipal de San José de Pare expidió el Acuerdo Municipal N° 009 del 19 de agosto de 2017, por medio del cual se por medio del cual **"SE ADOPTA LA ESCALA SALARIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA DMINISTRACIÓN CENTRAL DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE PARE – BOYACÁ Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"**, estableciendo las siguientes disposiciones:

"(...)

A C U E R D A .

ARTÍCULO PRIMERO. Señálese la siguiente escala salarial para los diferentes empleos de la Administración Central del Municipio de San José de Pare, Boyacá, con retroactividad al primero (1°) de enero de dos mil diecisiete (2017) de la siguiente forma:

CODIGO	GRADO	DENOMINACIÓN	NIVEL	SALARIO MENSUAL HASTA
005	N.E	ALCALDE	E.P.P.F	$ 3.691.591
20	001	SECRETARIO DEL DESPACHO GENERAL	DIRECTIVO	$ 2.741.340
115	02	JEFE DE PLANEACIÓN	ASESOR	$ 1.921.689
201	02	TESORERO (A)	PROFESIONAL	$ 1.868.961
202	06	COMISARIO DE FAMILIA	PROFESIONAL	$ 1.948.121
438	06	SECRETARIO EJECUTIVO	ASISTENCIAL	$ 1.642.754

empleos.", y el artículo 38-9 otorga al alcalde la potestad de determinar los emolumentos de los empleos de la administración central, con arreglo a los acuerdos correspondientes, todo lo cual está en armonía con lo dispuesto en los artículos 313-6 y 315-7 constitucionales.

		DESPACHO ALCALDE		
440	05	SECRETARIA	ASISTENCIAL	$ 1.210.586
407	04	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	ASISTENCIAL	$ 1.201.314
470	02	AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES	ASISTENCIAL	$ 820.896
367	05	TÉCNICO ADMINISTRATIVO	TECNICO	$ 1.451.522
303	06	INSPECTOR(A) POLICÍA	TECNICO	$ 1.948.122
314	05	TÉCNICO OPERATIVO	TECNICO	$ 1.451.522
314	03	TÉCNICO OPERATIVO	TECNICO	$ 1.041.135
482	03	CONDUCTOR	OPERATIVO	$ 1.121.224
487	03	OPERARIO	OPERATIVO	$ 1.642.753

PARAGRAFO PRIMERO: Para las escalas de los niveles de qué trata el presente artículo la primera columna fija los grados salariales correspondientes a las diferentes denominaciones de los empleos, la segunda y siguientes columnas comprenden las asignaciones básicas mensuales para cada grado y nivel, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto No. 111 del 09 de diciembre de 2015, expedido por este Despacho por medio del cual se adopta el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales del Municipio de San José de Pare.

Por su parte, el Alcalde municipal, lo sancionó dando cumplimiento al artículo 82 de la Ley 136 de 1994, y por tanto, se remitió copia del acuerdo al Gobernador del Departamento para su pertinente revisión conforme con el artículo 305 de la Constitución Política.

A su turno, el Gobernador de Boyacá, solicitó a esta colegiatura se declare la invalidez del Acuerdo precitado, expedido por el Concejo Municipal de San José de Pare, por medio del cual se fijó la escala máxima de remuneración para los diferentes niveles jerárquicos a que pertenecen los funcionarios de la administración central del ente municipal.

- **De la escala salarial**

Conforme al análisis normativo que regula la materia, la Sala acogiendo las precisiones efectuadas por la Corte Constitucional, al definir la órbita de competencias en materia salarial y prestacional de los servidores públicos,

encuentra que, en el caso concreto, lo pretendido por el Concejo Municipal de San José de Pare, mediante el acuerdo demandado, desborda el ámbito normativo dentro de las atribuciones conferidas, pues en el acuerdo demandado, si bien se establecieron los niveles jerárquicos atendiendo los parámetros de sucesión sistemática y ordenada conforme lo presupuesta el Decreto 785 de 2005, para que se concrete la escala salarial de los empleos de la administración local, lo cierto es que al atribuirse la potestad de fijar la asignación para cada cargo, sobrepasa los límites de su competencia, pues tal atribución se encuentra compelida en cabeza del mandatario mayor del ente municipal.

Del anterior contexto, considera la Sala que la atribución conferida a las entidades territoriales en los artículos 300-7 y 313-6 de la Constitución Política para **determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de los órdenes seccional y local, comprende ÚNICAMENTE la facultad de establecer en forma sucesiva, numérica, progresiva y sistemática tablas salariales por grados**, teniendo en cuenta la clasificación por niveles de los diferentes empleos, sobre la base, además, de que cada nivel tiene una nomenclatura específica de empleos y una escala de remuneración independiente, junto con el grado que corresponde a cada cargo específico.

Como ya se dijo, el ordenamiento constitucional y legal ha diseñado con precisión un marco normativo competencial para el desarrollo y ejecución de las atribuciones en materia salarial de los empleados públicos del orden territorial, correspondiéndole a los Concejos municipales el establecimiento de las escalas de remuneración en la forma ya explicada, teniendo como parámetro los límites máximos de salarios según el Decreto del Gobierno nacional y los demás criterios técnicos y objetivos que serán expuestos por el Alcalde en su iniciativa y sujeto a debate al interior de la Corporación edilicia.

Así las cosas, y en relación con el asunto en estudio, la Sala advierte que el Concejo Municipal de San José de Pare infringió su marco competencial, pues en efecto, en el acuerdo demandado además de establecerse las escalas de remuneración de los empleados públicos municipales, dio precisión de la asignación básica, en donde a pesar de establecer los **niveles** o categorías (directivo, profesional, técnico y asistencial, incorpora el empleo al cual se le asigna el respectivo salario, lo que de acuerdo a los cargos planteados permite evidenciar que tal disposición desborda el marco de competencias del Concejo Municipal, ya que, al fijar la

asignación salarial en forma específica para cada empleo, ha invadido sin lugar a equívocos la competencia del Alcalde, quien en virtud del mandato constitucional tiene la facultad de fijar el salario de cada uno de los empleos específicos de la planta de personal de la entidad, atendiendo a la escala de remuneración que para el efecto le corresponde establecer al Concejo Municipal.

Para una mejor ilustración, reitera la Sala que el artículo 15 del Decreto 785 de 2005 señala la nomenclatura de los empleos y ello puede guiar la acción del Concejo a la hora de señalar las escalas de remuneración. Dicha norma dispone:

> *ARTÍCULO 15. NOMENCLATURA DE EMPLEOS.*
>
> *A cada uno de los niveles señalados en el artículo 3o del presente decreto, le corresponde una nomenclatura y clasificación específica de empleo.*
>
> ***Para el manejo del sistema de nomenclatura y clasificación, cada empleo se identifica con un código de tres dígitos. El primero señala el nivel al cual pertenece el empleo y los dos restantes indican la denominación del cargo.***
>
> ***Este código deberá ser adicionado hasta con dos dígitos más que corresponderán a los grados de asignación básica que las Asambleas y los Concejos les fijen a las diferentes denominaciones de empleos.*** *(Negrilla fuera de texto).*

Conforme a la norma en comento y tal como se ha ejemplificado en esta providencia, le corresponde al Concejo diseñar el cuadro de escala de remuneración teniendo en cuenta la nomenclatura y clasificación de los empleos, consignando allí, los grados de la asignación básica que corresponde al número de orden que indica el valor absoluto de la asignación mensual estipulada para el empleo, que tal como en efecto fue realizado en el Acuerdo 009 de 2017, no obstante, no se incluye o especifica el empleo ni la asignación de cada cargo, potestativo exclusivamente del primer mandatario municipal, pues precisamente, el ordenamiento constitucional y legal, ha diseñado con precisión un marco normativo de competencias para el desarrollo y ejecución de las atribuciones en materia administrativa, función pública y salarial para los empleados públicos del orden municipal, correspondiéndole a los Concejos Municipales precisas y separadas tareas.

Los Concejos tienen las siguientes atribuciones:

- Determinar la estructura orgánica de la administración municipal y señalar las funciones de sus dependencias;
- Señalar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

Los Alcaldes desarrollan las siguientes tareas:

- Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias;
- Señalar las funciones especiales a cada uno de los empleos;
- Fijar la asignación básica a cada uno de los empleos con arreglo a los acuerdos respectivos de escalas salariales.

- **Del incremento Salarial para los empleos del nivel territorial**

Por virtud del artículo 287 de la Constitución Política, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus propios intereses; empero, dicha autonomía no abarca lo concerniente a la fijación del régimen salarial aplicable a sus empleados, pues la misma está radicada constitucionalmente en el Congreso de la República, el cual, en uso de la misma, le fijó al Gobierno Nacional, a través de la Ley 4ª de 1992, los principios a los que debe someterse para ejercer la atribución de fijar el citado régimen.
Ahora bien, el Concejo Municipal conforme a las facultades supeditadas a la Constitución y a la ley, tenía la obligación de fijar, para el 2017, los salarios de los empleados de sus dependencias atendiendo los límites máximos y los parámetros para establecer la escala salarial, y el alcalde con arreglo al acuerdo correspondiente fijar los emolumentos.

Así entonces, para el año 2017, el Gobierno Nacional con el Decreto 995 de 2017, fijó como límite máximo salarial de 7.7%; por su parte, el Concejo Municipal de San José de Pare, con el acuerdo acusado de inválido, estableció un aumento del 6.75%, impactando de forma depreciable en el salario de los trabajadores locales, resultando no solamente económicamente regresivo sino constitucionalmente inadmisible.

Vale la pena traer a colación la sentencia C-1433 de 23 de octubre de 2000, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, en donde se indicó respecto del

reajuste salarial anual[6] lo siguiente:

> *"El deber de preservar el valor de los salarios y de hacer los reajustes periódicos para satisfacer las necesidades vitales del trabajador, se deduce también del art. 187 de la Constitución. En efecto, si la asignación de los miembros del Congreso se debe ajustar cada año en proporción igual al promedio ponderado de los cambios ocurridos en la remuneración de los servidores de la administración central, es porque el Constituyente consideró que los fenómenos económicos y particularmente la inflación afectan la estabilidad de los ingresos laborales y que resultaba necesario preservar el poder adquisitivo de éstos, para asegurar unas condiciones de vida dignas y justas.*
>
> *2.8. La obligación que, tanto para el Gobierno como para el Congreso, establece la Constitución de aumentar periódicamente los salarios de los servidores públicos indudablemente tiene una concreción en la ley 4ª de 1992, específicamente en los arts. 1°, 2° y 4°. En efecto, la normativa constitucional se hace realidad cuando el Congreso al expedir dicha ley le impone al Gobierno la obligación de aumentar anualmente el valor de los referidos salarios; obligación que adquiere una relevancia constitucional, en la medida en que según el art. 189-10, es función del Presidente de la República obedecer la ley y velar por su estricto cumplimiento. (Subraya la Corte).*

Lo anterior a juicio de esta Sala, conlleva a declarar la invalidez del Acuerdo No. 009 del 19 de agosto de 2017, proferido por el Concejo Municipal de San José de Pare - Boyacá.

II. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO.-DECLARAR LA INVALIDEZ del Acuerdo No. 009 del 19 de agosto de 2017, expedido por el Concejo Municipal de San José de Pare de conformidad con el expuesto en la parte motiva de esta providencia.

---

[6] *Tomado de CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B". treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2010).CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ REF.: EXPEDIENTE No. 05001233100020020498801*

SEGUNDO: Comuníquese por Secretaria esta decisión al Departamento de Boyacá, al Alcalde Municipal de San José de Pare, al Concejo Municipal y a la Personería Municipal de la localidad de San José de Pare (Boyacá).

Para el efecto, por Secretaria líbrese las comunicaciones adjuntando copia de la presente providencia.

TERCERO.-Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese las presentes diligencias dejando las constancias y anotaciones de rigor.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
NOTIFICACION
El auto anterior se notificó por estado No. 206 de hoy 20 11
EL SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
DESPACHO No. 4
MAGISTRADO: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

14 [illegible] 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE: DEPARTAMENTO DE BOYACA
DEMANDADO: FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA
RADICADO: 15001233300020170071700

Revisados los requisitos formales de la demanda, procede el Despacho a remitir por competencia el asunto de la referencia, por las razones que a continuación se exponen:

De conformidad con lo previsto en el numeral 2º de artículo 156 del C.P.A.C.A., en los asuntos de nulidad y restablecimiento, la competencia por razón del territorio se determinará **por el lugar de expedición del acto, o por el domicilio del demandante, siempre y cuando la entidad demandada tenga oficina en dicho lugar.**

Revisado el plenario se constata que el demandante solicita la nulidad de las resoluciones Nos. 2002 del 6 de diciembre de 2016 (fl. 24-225) y 788 del 8 de junio de 2016 (fl.40-48), expedidas por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República- FONPRECON, en el marco del proceso coactivo adelantado por esa Entidad, en contra del Departamento de Boyacá- Fondo Pensional Territorial, por las cuotas partes de los pensionados que se menciona en el líbelo.

Examinados los actos demandados se constata que fueron expedidos por el Funcionario Ejecutor de Jurisdicción Coactiva del aludido Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, entidad que tiene su oficina principal y sucursal en la ciudad de Bogotá, conforme la información que reposa en su página web[1], de lo cual puede inferirse que los actos demandados fueron

[1] http://www.fonprecon.gov.co/index.php?idcategoria=316

expedidos en ese lugar y por ende la competencia para conocer del proceso de la referencia correspondería al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por tener jurisdicción en dicho lugar.

Ahora, si bien es cierto, el domicilio del demandante corresponde a la ciudad de Tunja, lo cierto es que la regla contenida en el aludido artículo 156 numeral 2 del CPACA, dispone que si bien la competencia puede definirse por el lugar de domicilio del demandante, **es menester que la entidad demandada tenga oficina en dicho lugar,** y como se explicó, tanto la principal como la sucursal de la demandada tienen asiento en la ciudad de Bogotá.

En consecuencia este Tribunal carece de competencia funcional por el factor territorial para conocer del asunto de la referencia, razón por la cual se remitirá el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que se avoque el conocimiento del presente proceso, conforme lo señalado.

En mérito de lo brevemente expuesto, el Despacho;

DISPONE

PRIMERO: Remítase, la demanda de la referencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en orden a que se proceda a su respectivo reparto, y se provea lo pertinente. Líbrese oficio remisorio y desanótese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. _____ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrado Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Demandante : Departamento de Boyacá
Demandado : Municipio de Soracá
Expediente : 15001 2333 000 **2017 00756** 00
"Invalidez Acuerdo Municipal No. 012 de 8 de septiembre de 2017"

Decide la Sala en única instancia, la solicitud de invalidez del Acuerdo 012 de 8 de septiembre de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Soracá, "*POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA EL SISTEMA DE NOMENCLATURA, CLASIFICACIÓN Y REQUISITOS DE LOS EMPLEOS PARA EL MUNICIPIO EN CUMPLIMIENTO DE LA LEY 909 DE 2004 Y EL DECRETO NACIONAL 785 DE 2005*".

I. ANTECEDENTES.

El Departamento de Boyacá pidió al Tribunal declarar la invalidez del Acuerdo 015 de 29 de junio de 2017, en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 119 del Decreto Ley 1333 de 1986 y el artículo 305-10 de la Constitución Política, al considerarlo violatorio del artículo 19 del Decreto Ley 785 de 2005 y del parágrafo 3º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016 (fls. 2-4).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Que el Acuerdo en su artículo 17 literal B, incluyó en el nivel profesional el cargo de Inspector de Policía, para el Municipio de Soracá dentro del Código 340, lo cual desconoce la previsión contenida en el artículo 19 del Decreto Ley 785 de 2005, conforme al cual en el caso de los municipios de 6ª categoría, como Soracá, el cargo corresponderá al nivel técnico y se identificará con el Código 303, sin embargo, en el acuerdo se ubicó el cargo en el Nivel Profesional y se identificó con el Código 340, desconociendo la disposición legal.

De otra parte, dijo que la Ley 1801 de 2016, expresamente señaló que los requisitos para ejercer el cargo de Inspector de Policía en municipios de 6ª

categoría, como Soracá, debe haberse terminado las materias del pensum académico de la carrera profesional de Derecho, pues el nivel del cargo es técnico y no profesional, en consecuencia, ubicar y codificar el cargo contraviniendo esas previsiones, hacen que el Acuerdo sea invalido en ese respecto.

III. ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda de invalidez Acuerdo No. 012 de 8 de septiembre de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Soracá (Boyacá), fue admitida mediante auto de ***13 de octubre de 2017*** *(fl. 38), proveído en el que se corrió el traslado al Ministerio Público y fue fijado en lista por el término de 10 días para dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 196 del CPACA.*

Sin intervención alguna se procede a resolver la solicitud de invalidez, en la medida que no existen pruebas por decretar.

V. CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a determinar si procede declarar la invalidez del literal b del artículo 17 del Acuerdo 012 de 8 de septiembre de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Soracá, "POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA EL SISTEMA DE NOMENCLATURA, CLASIFICACIÓN Y REQUISITOS DE LOS EMPLEOS PARA EL MUNICIPIO EN CUMPLIMIENTO DE LA LEY 909 DE 2004 Y EL DECRETO NACIONAL 785 DE 2005".

- Cuestión Previa – De los Límites del estudio del Juez en sede de validez.

Tratándose de una solicitud como la que ocupa esta petición, los límites de la decisión están determinados por el solicitante y de manera concreta por las razones de derecho de la solicitud de invalidez. Se plantea pues para el Tribunal la imposibilidad de un examen general de legalidad, en efecto, cuando, en ejercicio del control de legalidad o constitucionalidad, el Tribunal revisa un acuerdo objetado por el Gobernador, el estudio que corresponde a la Corporación Judicial se limita a las razones expuestas en la solicitud de invalidez, frente a los preceptos constitucionales o legales por el invocados y

con los cuales ***se hace la confrontación****. El examen se contrae a los* ***aspectos que han sido materia de inconformidad explícita****.*

No corresponde en este procedimiento un análisis total, que agote las referencias a ***la integridad de los preceptos constitucionales y/o legales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio****. Es necesario pues, establecer con toda claridad cuáles son los reproches del ejecutivo atendiendo* ***exclusivamente aquellos aspectos a los que se contrajo el escrito de invalidez presentado por el Gobernador del Departamento****, es este análisis y ningún otro el que permite determinar si la solicitud de invalidez puede ser acogida total o parcialmente.*

Sobre este aspecto, resultan aplicables las consideraciones de la Corte Constitucional expuestas en la Sentencia C-1036 de 2003, dijo:

> *"(...) Según constante jurisprudencia[1], el examen que realiza la Corte de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República, ante la insistencia del Congreso, por infringir la Constitución Política,* ***se restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia****, aspectos que son los que limitan el alcance la cosa juzgada constitucional (...)" Resaltado fuera de texto.*

Y en la Sentencia C- 256 de 1997 precisó "(...) Considera la Corte que cuando, en ejercicio del control previo de constitucionalidad, ella revisa un determinado proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, el examen que efectúa hace tránsito a cosa juzgada constitucional. No obstante, como las objeciones presidenciales no siempre recaen sobre la totalidad de las normas integrantes del proyecto y, si son de carácter formal, señalan apenas unos específicos motivos de violación de la Carta, ***los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte. Por tanto, la cosa juzgada es en tales casos relativa****, pues la exequibilidad que se declara no proviene normalmente de un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio." Resaltado fuera de texto.*

---

[1] *Sentencias C-176, C-482, C-913, C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997, entre otras.*

Así las cosas, la demanda está encaminada a que se declare la invalidez del literal b del artículo 17, con el acto demandado ubicó en nivel profesional y otorgó otro código al cargo de Inspector de Policía, desconociendo que la clasificación de nivel, código y denominación del cargo, contenida en el artículo 19 del Decreto 785 de 2005, situación que fue ratificada en el parágrafo 3º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, al disponer que para ejercer ese cargo en municipios de 3ª a 6ª categoría, la formación técnica corresponderá a la terminación de materias de la carrera de derecho. En consecuencia, el cargo de inspector de policía debe ubicarse en el nivel técnico e identificarse con el código 303 y no con el nivel profesional con código 340, como erróneamente se consagró en la norma demandada.

- ***Del análisis del cargo.***

La motivación del Acuerdo, en su considerando tercero precisó "Que la codificación es la establecida en el Decreto Nacional 785 de 2005 y demás normas concordantes vigentes"

El Decreto 785 de 2005:

> ***Artículo 19.*** *Nivel Técnico. El Nivel Técnico está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:*
>
> | | |
> |---|---|
> | *Cód.* | *Denominación del empleo* |
> | *(...)* | |
> | ***303*** | ***Inspector de Policía 3ª a 6ª (...) Categoría*** |
>
> ***Artículo 21.*** *De las equivalencias de empleos. Para efectos de lo aquí ordenado, fíjanse las siguientes equivalencias de los empleos de que trata el Decreto 1569 de 1998, así:*

Situación anterior		*Situación nueva*	
Cód.	*Denominación*	*Cód.*	*Denominación*
Nivel Profesional		*Nivel Profesional*	
340	***Profesional Universitario***	*219*	*Profesional Universitario*

El artículo 17 del Acuerdo No. 012 de 8 de septiembre de 2017 dispuso:

> *"**De la nomenclatura y clasificación del Nivel central:** Los empleos de la administración Central del Municipio de Soracá, se clasifican por niveles y se codifican como a continuación se señala:*
>
> *(...)*
>
> ***B. Nivel Profesional***

DENOMINACION DEL EMPLEO	*CODIGO*	*GRADO SALARIAL*
Inspector de policía municipios categoría 4 a 6	*340*	*01*

> *(...) Subrayado fuera de texto*

Basta confrontar la decisión contenida en el acto parcialmente acusado y la ley, para concluir que:

- *Aplica para el cargo de Inspector de Policía de municipio en categorías 3ª a 6ª,* ***el nivel profesional****, cuando el mismo* ***corresponde al de técnico****, como se precisa en el artículo 19 trascrito.*
- *Aplica para el cargo de Inspector de Policía de municipio en categorías 3ª a 6ª,* ***el Código 340****, que sea dicho, fue modificado al Código 219, cuando el que corresponde al* ***nivel de técnico es el Código 303.***

De lo anterior, sin mayores elucubraciones la Sala concluye que debe declararse la invalidez parcial del literal b del artículo 17 del Acuerdo demandado, en relación con la clasificación del cargo de Inspector de Policía, por vulneración de lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 785 de 2005.

A más de lo anterior, no pierde de vista la Sala que, como lo señaló la solicitante, el parágrafo 3° del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016 "Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia", dispuso:

> *"...Parágrafo 3°. Para los efectos previstos en los artículos 18 y 19 del Decreto 785 de 2005, la formación profesional para el desempeño de los cargos de Inspector de Policía Urbano Categoría Especial, 1ª Categoría y 2ª Categoría, será únicamente la de abogado, y* ***la formación técnica para el desempeño de los cargos de Inspector de Policía 3ª a 6ª Categoría e Inspector de Policía Rural requerirá la terminación y aprobación de los estudios de la carrera de derecho****..." (Resaltado fuera de texto)*

No obstante, el Acuerdo 012 de 2017 al prever los requisitos para los empleos de ***nivel técnico*** *dispuso los siguientes requisitos:*

- *Mínimo: Terminación y aprobación de cuatro años de educación básica secundaria y curso específico mínimo de 60 horas relacionado con las funciones del cargo*
- *Máximo: Título de formación tecnológica y experiencia o terminación y aprobación del pensum académico de educación superior en formación profesional y experiencia.*

*Es decir que, no contempló la exigencia de formación académica que, **de manera especifica**, previó la ley para desempeñar el empleo de Inspector de Policía en los municipios de 3ª a 6ª categoría, dentro del cual se encuentra el Municipio de Soracá. En consecuencia, aunque no haya lugar a invalidar el numeral 14.2.4, es claro que **al momento de clasificar el mencionado empleo[2], deberá atenderse que es requisito mínimo** "...terminación y aprobación de los estudios de la carrera de derecho..."*

- ***De la remisión del Acuerdo para revisión del Gobernador.***

*Finalmente, no pasa por alto la Sala el desacato a la disposición contenida en el artículo 82 de la Ley 136 de 1994, en que incurrió el Alcaldesa Municipal de Soracá, puesto que no envió la copia del **Acuerdo No. 012 de 08 de septiembre de 2017**, "Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, (...) para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución".*

*Se pudo observar conforme lo indica el documento visible al folio 18 del expediente, que el **Acuerdo No. 012 de 08 de septiembre de 2017**, fue sancionado por el Alcaldesa Municipal de Soracá el 08 de septiembre de 2017 (fl. 18), y conforme lo dispone la norma en comento, tenía plazo de enviar la copia del aludido acto hasta el día **15 de septiembre de 2017**; no obstante, en el proceso quedó acreditado que este acto administrativo fue recibido por el Gobernador del Departamento de Boyacá el día **21 de septiembre de 2017** (fl. 9), es decir, habiéndose excedido el término de cinco días acuñado en el artículo 82 en comento. Por ello, se oficiará a la Procuraduría General de la Nación, para que, de considerarlo, inicie las diligencias disciplinarias del caso.*

---

[2] *Inspector de Policía en los municipios de 3ª a 6ª categoría*

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión No. 3, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. ***Se declara la invalidez*** *del parcial del literal b del artículo 17 del Acuerdo No. 012 de 08 de septiembre de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Soracá, únicamente, en relación con el cargo de Inspector de Policía municipios de 4ª a 6ª categoría por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y los cargos formulados en la solicitud.*
2. ***Comunicar*** *la presente providencia a la Alcaldesa Municipal y al Presidente del Concejo del Municipio de Soracá y al Gobernador de Boyacá.*
3. *Oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que, de considerarlo, inicie las indagaciones tendientes a sancionar a Clementina Guayacan Guevara en calidad de Alcaldesa Municipal de Soracá, por el presunto desconocimiento del artículo 82 de la Ley 136 de 1994. Al oficio adjúntese copia de los folios 12 a 18 del expediente y de esta sentencia.*
4. *En firme esta providencia* ***ARCHÍVESE*** *el expediente.*

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha. CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas
Demandante: Departamento de Boyacá
Demandado: Municipio de Soracá
Expediente: 15001 2333 000 2017 00756 00
"Invalidez Acuerdo Municipal No. 012 de 8 de septiembre de 2017"

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Demandante *: Departamento de Boyacá*
Demandado *: Municipio de Úmbita*
Expediente *: 15001 2333 000* ***2017 00757****.00*
"Invalidez Acuerdo Municipal No. 003 de 9 de febrero de 2017"

Decide la Sala en única instancia, la solicitud de invalidez del Acuerdo 003 de 09 de febrero de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Úmbita, "Por medio del cual se autoriza al alcalde del municipio de Úmbita para recibir en comodato pro-tempore o en donación bienes muebles e inmuebles maquinaria y vehículos que entidades públicas, privadas o entidades de beneficio común sin ánimo de lucro, den al Municipio, y para ceder bienes muebles e inmuebles, maquinaria y vehículos del municipio a entidades del mismo orden, así como arrendar los mismos a entidades y/o particulares".

I. ANTECEDENTES.

El Departamento de Boyacá pidió al Tribunal declarar la invalidez del ***Acuerdo 003 de 09 de febrero de 2017****, en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 119 del Decreto Ley 1333 de 1986 y el artículo 305-10 de la Constitución Política, al considerarlo violatorio del artículo 72 de la Ley 136 de 1994 y 38 de la Ley 9ª de 1989 (fls. 3-4).*

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Sostuvo que en el acuerdo demandado se plantea diferentes asuntos que no guardan relación entre sí, desconociéndose el principio de unidad de materia, en especial lo dispuesto en los artículos 2° y 3° del Acuerdo, el primero, al prever la autorización para que el Alcalde Úmbita celebre cesión de bienes dados en comodato al municipio y el 3° al disponer el arriendo de esos bienes.

Al respecto dijo el Departamento que dichas disposiciones "...dejan ver que dentro del mismo acuerdo trata tres asuntos diferentes los cuales deben ser manejados de manera explícita en distintos acuerdos Municipales, toda vez que una cosa es aceptar en calidad de comodato, otra autorizar para arrendar y otra ceder en comodato..." (fl. 3).

De otra parte, que el artículo 2° del acuerdo autoriza al alcalde para ceder bajo el convenio de comodato bienes muebles, inmuebles, maquinaria y vehículos sin especificar un término, desconociendo que la Ley 9ª de 1989, establece que ello solo es posible para un término máximo de 5 años renovables, situación que estimó debe ser aclarada en el Acuerdo que trate de ese único aspecto.

III. ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda de invalidez del Acuerdo No. 003 de 9 de febrero de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Úmbita (Boyacá), fue admitida mediante auto de ***13 de octubre de 2017*** *(fl. 32), proveído en el que se corrió el traslado al Ministerio Público y fue fijado en lista por el término de 10 días para dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 196 del CPACA.*

Sin intervención alguna se procede a resolver la solicitud de invalidez, en la medida que no existen pruebas por decretar.

V. CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a determinar si procede declarar la invalidez de los artículos 2° y 3° Acuerdo No. 003 de 09 de febrero de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Úmbita.

- ***Cuestión Previa - Límites del estudio del Juez en sede de validez.***

Tratándose de una solicitud como la que ocupa esta petición, los límites de la decisión están determinados por el solicitante y de manera concreta por las razones de derecho de la solicitud de invalidez. Se plantea pues para el Tribunal la imposibilidad de un examen general de legalidad, en efecto, cuando, en ejercicio del control de legalidad o constitucionalidad, el Tribunal revisa un acuerdo objetado por el Gobernador, el estudio que corresponde a la Corporación Judicial se limita a las razones expuestas en la solicitud de invalidez, frente a los preceptos constitucionales o legales por el invocados y con los cuales ***se hace la confrontación****. El examen se contrae a los* ***aspectos que han sido materia de inconformidad explícita****.*

37

No corresponde en este procedimiento un análisis total, que agote las referencias a ***la integridad de los preceptos constitucionales y/o legales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio****. Es necesario pues, establecer con toda claridad cuáles son los reproches del ejecutivo atendiendo exclusivamente aquellos aspectos a los que se contrajo el* ***escrito de invalidez presentado por el Gobernador del Departamento****, es este análisis y ningún otro el que permite determinar si la solicitud de invalidez puede ser acogida total o parcialmente.*

Sobre este aspecto, resultan aplicables las consideraciones de la Corte Constitucional expuestas en la Sentencia C-1036 de 2003, dijo:

> *"(...) Según constante jurisprudencia[1], el examen que realiza la Corte de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República, ante la insistencia del Congreso, por infringir la Constitución Política, se* ***restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia****, aspectos que son los que limitan el alcance la cosa juzgada constitucional (...)" Resaltado fuera de texto.*

Y en la Sentencia C- 256 de 1997 precisó "(...) Considera la Corte que cuando, en ejercicio del control previo de constitucionalidad, ella revisa un determinado proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, el examen que efectúa hace tránsito a cosa juzgada constitucional. No obstante, como las objeciones presidenciales no siempre recaen sobre la totalidad de las normas integrantes del proyecto y, si son de carácter formal, señalan apenas unos específicos motivos de violación de la Carta, ***los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte. Por tanto, la cosa juzgada es en tales casos relativa****, pues la exequibilidad que se declara no proviene normalmente de un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio." Resaltado fuera de texto.*

En esa medida, el estudio del presente caso se limitará a establecer si con el hecho de haberse autorizado al Alcalde de Úmbita para dar en comodato pro tempore y celebrar contratos de arrendamiento frente a bienes muebles e

---

[1] *Sentencias C-176, C-482, C-913, C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997, entre otras.*

inmuebles de propiedad del Municipio se desconoció el principio de unidad de materia y lo previsto en el artículo 38 de la Ley 9ª de 1989.

- ***De la unidad de materia:***

El artículo 72 de la ley 136 de 1994, establece:

> *"ARTÍCULO 72. UNIDAD DE MATERIA. Todo proyecto de acuerdo debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. La presidencia del Concejo rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto pero sus decisiones serán apelables ante la corporación.*
>
> *Los proyectos deben ir acompañados de una exposición de motivos en la que se expliquen sus alcances y las razones que los sustentan." (Subrayado fuera de texto)*

Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, relativa al alcance del artículo 158 de la Carta, según el cual "(t)odo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella", así como del artículo 169 ibídem, según el cual "(e)l título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido", estas disposiciones buscan racionalizar y tecnificar el proceso legislativo, tanto en el momento de discusión de los proyectos en el Congreso, como respecto del producto final, es decir de la ley que finalmente llega a ser aprobada.[2]

La Corte ha explicado que las anteriores exigencias constitucionales obedecen a la necesidad de hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, que impone "darle un eje central a los diferentes debates que la iniciativa suscita en el órgano legislativo"[3]*, y porque luego de expedida la ley, su cumplimiento reclama un mínimo de coherencia interna, que permita a los destinatarios de las normas identificarse como tales y conocer las obligaciones que de ella se derivan.*[4]

En efecto, refiriéndose al alcance constitucional del principio de unidad de materia, la Corte Constitucional ha señalado que con él se pretende "asegurar que las leyes tengan un contenido sistemática e integrado, referido a un solo tema, o eventualmente, a varios temas relacionados entre sí. La importancia de este principio radica en que a través de su aplicación se busca evitar que los legisladores, y también

---

[2] *Cf. Sentencia C-025 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, ver también la Sentencia C-1067 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.*
[3] *Ibídem.*
[4] *Cfr.*

38

los ciudadanos, sean sorprendidos con la aprobación subrepticia de normas que nada tienen que ver con la(s) materia(s) que constituye(n) el eje temático de la ley aprobada, y que, por ese mismo motivo, pudieran no haber sido objeto del necesario debate democrático al interior de las cámaras legislativas. La debida observancia de este principio contribuye a la coherencia interna de las normas y facilita su cumplimiento y aplicación al evitar, o al menos reducir, las dificultades y discusiones interpretativas que en el futuro pudieran surgir como consecuencia de la existencia de disposiciones no relacionadas con la materia principal a la que la ley se refiere"[5]. *Adicionalmente, la jurisprudencia ha precisado que el principio de unidad de materia se respeta cuando existe conexidad temática, teleológica, causal o sistemática entre la norma acusada y la ley que la contiene.*[6]

De otra parte, en la Sentencia C- 400 de 2010, precisó:

> *"...la libertad de configuración del legislador, el estudio de la existencia de la conexidad en los aspectos mencionados no debe ser excesivamente rígido. En efecto, la jurisprudencia ha insistido con particular énfasis en que la interpretación del principio de unidad de materia "no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el principio democrático, significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado Colombiano. Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto* ***de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexequibles si integran el cuerpo de la ley.***"[8]
>
> *En el mismo orden de ideas, la Corte ha considerado que la unidad de materia no significa simplicidad temática, por lo que una ley bien puede referirse a varios asuntos,* ***siempre y cuando entre los mismos exista una relación de conexidad objetiva y razonable***[9].
>
> *Así pues, la Corte ha rescatado el carácter flexible del control de constitucionalidad que debe ejercerse cuando se trata de verificar el cumplimiento del principio de unidad de materia. En este sentido, por ejemplo, ha vertido los siguientes conceptos:*
>
> > *"(...) Cuando los tribunales constitucionales entran a determinar si una ley ha cumplido o no con el principio de unidad de materia deben ponderar también el principio democrático que alienta la actividad parlamentaria y en esa ponderación pueden optar por ejercer un control de diversa intensidad. Esto es, el alcance que se le reconozca al principio de unidad de materia tiene implicaciones*

[5] *Sentencia C-714 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.*
[6] *Cfr. Sentencia C-786 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.*
[7] *Ibídem.*
[8] *Cfr. C-1067 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.*
[9] *Cfr. Sentencias C-025 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en la Sentencia C-992 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.*

en la intensidad del control constitucional pues la percepción que se tenga de él permite inferir de qué grado es el rigor de la Corte al momento del examen de las normas. Así, si se opta por un control rígido, violaría la Carta toda norma que no esté directamente relacionada con la materia que es objeto de regulación y, por el contrario, si se opta por un control de menor rigurosidad, sólo violarían la Carta aquellas disposiciones que resulten ajenas a la materia regulada. La Corte estima que un control rígido desconocería la vocación democrática del Congreso y sería contrario a la cláusula general de competencia que le asiste en materia legislativa. ***Ante ello, debe optarse por un control que no opte por un rigor extremo*** *pues lo que impone el principio de unidad de materia es que exista un núcleo rector de los distintos contenidos de una Ley y que entre ese núcleo temático y los otros diversos contenidos se presente una relación de conexidad determinada con un criterio objetivo y razonable".*[10] *(Negrillas fuera del original)*

Y en el mismo orden de ideas, la jurisprudencia ha insistido en que:

"...para respetar el amplio margen de configuración del órgano constitucionalmente competente para hacer las leyes y para diseñar las políticas públicas básicas de orden nacional, ***la intensidad con la cual se analiza si se viola o no el principio de unidad de materia, es de nivel bajo en la medida en que, si es posible encontrar alguna relación entre el tema tratado en un artículo y la materia de la ley, entonces la disposición acusada es, por ese concepto, exequible****. Tal relación no tiene que ser directa, ni estrecha. Lo que la Constitución prohíbe es que "no se relacionen" los temas de un artículo y la materia de la ley (art. 158 de la C.P.)* ***y al demandante le corresponde la carga de señalar que no hay relación alguna****. La relación puede ser de distinto orden puesto que* ***la conexión puede ser de tipo causal, temático, sistemático o teleológico****. A estos criterios reiterados por la jurisprudencia se agrega una modalidad de relación teleológica, la de la conexión de tipo consecuencial ya que recientemente, la Corte aceptó que se respeta el principio de unidad de materia cuando* ***hay una conexión en razón a los efectos fácticos de una norma que aparentemente no guarda relación alguna con el tema de la ley***[11] *".*[12] *(Negrillas fuera del original)*

---

[10] *Sentencia C-501/01. M.P. Jaime Córdoba Triviño (en este caso la Corte consideró que no se desconocía el principio de unidad de materia, al incluir en una ley (Ley 510/99) cuyo objeto son disposiciones para el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores y las Superintendencias Bancaria y de Valores, una norma (parágrafo 3°, artículo 52) que reforma una disposición de otra ley (artículo 148, Ley 446/98), con el fin de extender la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio excepcional de funciones judiciales.). Esta jurisprudencia ya había sido reiterada en la sentencia C-540/01, M.P. Jaime Córdoba Triviño (en este caso la Corte estableció que el demandante tiene la carga de señalar cuál o cuáles son las partes que no tienen relación alguna con la materia central de la ley.)*

[11] *El artículo 86 sobre el monopolio de Ecopetrol para realizar la distribución de combustible importado, por su efecto fáctico en cuanto facilita "la lucha contra el contrabando, fenómeno que afecta la recaudación de tributos", tiene conexión con una ley, la Ley 633 de 2000, cuya materia es tributaria. La Corte también encontró conexidad temática y teleológica, por esta razón. Sentencia C-714 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.*

[12] *Sentencia C-1025 de 2001. MP Manuel José Cepeda Espinosa.*

Las disposiciones del Acuerdo, que se acusan vulneradoras del principio de unidad de materia son las siguientes:

> *"**ARTÍCULO SEGUNDO:** Autorizase al señor alcalde municipal para que previos los requisitos legales CEDA, bajo un convenio de COMODATO pro-tempore, bienes muebles e inmuebles y vehículos a entidades públicas a entidades d beneficio común sin ánimo de lucro, tales como las mencianadas en el primer considerando.*
>
> ***ARTÍCULO TERCERO:** Autorizase al señor alcalde municipal para arrendar bienes muebles e inmuebles maquinaria y vehículos a entidades y/o particulares.*

Cabe desglosarlas para estudiar, a la luz de la fuente jurisprudencial que se ha traído a colación si, en efecto, como lo anuncia la solicitante cabe considerar su invalidez dado que, según afirma, se trata de un acto de facultades o autorizaciones, ajeno al objeto o materia del Acuerdo que, se precisó, determina la posibilidad de celebrar contrato de comodato o arrendamiento respecto de bienes muebles e inmuebles que se encuentren a cargo del Municipio de Úmbita. Las disposiciones que se acusan señalaron:

a) *El artículo 2º facultó al alcalde para celebrar contrato de comodato pro-tempore según las leyes vigentes respecto de bienes muebles e inmuebles del Municipio con entidades públicas o de beneficio común sin ánimo de lucro.*
b) *El artículo 3º autorizó al burgomaestre a celebrar contratos de arrendamiento de los bienes muebles e inmuebles, maquinaria y vehículos del Municipio con entidades y/o particulares.*

Atendiendo de manera exclusiva el argumento de ruptura de unidad de materia expuesto por el solicitante, pues en casos como el presente no se efectúa un control general de legalidad, considera la Sala que los asuntos a que se contraen los artículos 2º y 3º del Acuerdo No. 003 de 09 de febrero de 2017 tienen relación de conexidad con la materia que trata dicho acto, que corresponde al manejo de los bienes muebles e inmuebles a que se contrajo el Acuerdo pues, en efecto, se señaló las facultades para recibir, ceder y arrendar bienes muebles e inmuebles a cargo del Municipio, sin que encuentre aspectos que sean contradictorios entre sí.

Contrario a ello, se observa que en el acuerdo se faculta al burgomaestre para recibir, dar en comodato y arrendar bienes muebles e inmuebles, lo que conllevaría a que se trata de un mismo asunto, vinculado a la administración

de los bienes del Municipio, sin que sea propio de la técnica legislativa, pretender que se expida un acuerdo por cada una de esas labores vinculadas al manejo de bienes por parte del ejecutivo municipal.

Así entonces, admitir su incorporación en el Acuerdo 003 de 2017 resulta objetiva y razonable desde el punto de vista temático y con la materia dominante de la decisión, razón por la cual no se encuentra prosperidad al argumento de falta de unidad de materia para considerar su invalidez y, por el contrario, no se advierte que se trate, como lo afirma la solicitante, de autorizaciones o facultades ajenas al asunto que fue debatido al interior del Concejo Municipal, se reitera, bajo la óptica del análisis que propuso la demanda.

- ***Del cargo referido al desconocimiento del término máximo para celebrar contratos de comodato.***

El Departamento además del cargo de unidad de materia, afirmó que lo dispuesto en el Acuerdo desconoce las previsiones del artículo 38 de la Ley 9ª de 1989, en tanto, no se establece un término fijo para la autorización de los contratos de comodato a celebrar según la autorización contenida en el numeral 2º del Acuerdo No. 003 de 09 de febrero de 2017; Al respecto, resulta pertinente traer en cita el artículo demandado, así:

> *"**ARTÍCULO SEGUNDO:** Autorízase al señor alcalde municipal para que previos los requisitos legales CEDA, bajo un convenio de COMODATO pro-tempore, bienes muebles e inmuebles y vehículos a entidades públicas o entidades de beneficio común sin ánimo de lucro, tales como las mencionadas en el primer considerando. -Subraya fuera del texto-.*

De una lectura detenida de la norma demandada, la Sala encuentra que si bien en la misma no se dejó claro el término por el cual se podía ceder en comodato los bienes a que se refiere ese artículo, sí se señaló que el mismo estaría limitado en el tiempo y correspondería a las previsiones legales, tal como se resaltó, es decir, que contrario a lo afirmado en la demanda, ese artículo no desconoce lo previsto en la Ley 9ª de 1989, en cuanto, a que el ***contrato de comodato*** *es por cinco años renovable por otros cinco, pues la misma norma demandada establece que la cesión por comodato es pro-tempore, entonces una interpretación posible de esa norma es entender que el término pro tempore, responde al límite de tiempo que establece la prenombrada Ley.*

En estas condiciones, examinado el texto del mencionado artículo, encuentra la Sala que existe una interpretación posible que permite que la norma permanezca en el ordenamiento, dejando claro que la dicha validez debe responder única y exclusivamente a esa interpretación, al respecto resulta pertinente lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-324 de 1997, en la que sobre el particular se consideró:

> ***"Principio de conservación del derecho y objeciones presidenciales.***
>
> *9- Con todo, podría argumentarse que la Corte hubiera podido mantener la norma objetada, efectuando una exequibilidad condicionada, tal y como se hizo en la sentencia C-360/96. Sin embargo, la Corte considera que en el presente caso no es procedente realizar una exequibilidad condicionada ya que no tiene operancia el principio de "conservación del derecho" que le sirve de sustento. Según este principio, los tribunales constitucionales deben siempre buscar preservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático[13]. Por ello* ***si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla exequible de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento.***"[14] *-Negrilla fuera del texto-.*

Para la Sala de la redacción del texto del acuerdo, resulta viable deducir que la norma establece la posibilidad que ***por el tiempo limitado en la Ley 9ª de 1989 -cinco años prorrogables por otros cinco-*** *el Alcalde de Úmbita celebre la cesión de bienes del Municipio bajo la modalidad de contrato de comodato, entonces, bajo ese entendido la norma resultaría válida, es decir que la Sala en lugar de preferir la interpretación restrictiva que conllevaría la expulsión del ordenamiento jurídico del artículo mencionado, se inclinará hacia esta última interpretación, que permite la preservación de la norma y el respeto del principio democrático, en consecuencia, declarará la validez condicionada del artículo demandado, siguiendo la formula señalada en el precedente constitucional en cita.*

De otra parte, resulta importante señalar que el segundo inciso del artículo 38 de la Ley 9ª de 1989, no resulta aplicable a este asunto, en tanto, el artículo 3º del Acuerdo No. 003 de 2017, fue enfático en señalar que la autorización se extendía solamente frente a entidades públicas y entidades de beneficio

---

[13] *Ver, entre otras, las sentencias C-100/96. Fundamento Jurídico No 10 y C-065/97.*
[14] ***CORTE CONSTITUCIONAL.*** *Sentencia C-324 de 10 de julio de 1997. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero.*

común sin ánimo de lucro, es decir, de las entidades a que hace alusión el inciso inicial de la norma invocada en la demanda como vulnerada.

- ***De la remisión del Acuerdo para revisión del Gobernador.***

Finalmente, no pasa por alto la Sala el desacato a la disposición contenida en el artículo 82 de la Ley 136 de 1994, en que incurrió el Alcalde Municipal de Úmbita, puesto que no envió la copia del ***Acuerdo No. 003 de 9 de febrero de 2017****, "Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, (...) para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución".*

Se pudo observar conforme lo indica el documento visible al folio 11 del expediente, que el ***Acuerdo No. 003 de 09 de febrero de 2017****, fue sancionado por el Alcalde Municipal de Úmbita el 12 de febrero de 2017 (fl. 11), y conforme lo dispone la norma en comento, tenía plazo de enviar la copia del aludido acto hasta el día* ***17 de febrero de 2017****; no obstante, en el proceso quedó acreditado que este acto administrativo fue recibido por el Gobernador del Departamento de Boyacá el día* ***15 de septiembre de 2017*** *(fl. 9), es decir, habiéndose excedido ostensiblemente el término de cinco días acuñado en el artículo 82 en comento. Por ello, se oficiará a la Procuraduría General de la Nación, para que, de considerarlo, inicie las diligencias disciplinarias del caso.*

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión No. 3, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. ***Negar la solicitud de invalidez*** *del artículo 3° del Acuerdo Municipal No. 003 de 09 de febrero de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Úmbita, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
2. ***Declarar la validez condicionada*** *del artículo 2° del Acuerdo 003 de 09 de febrero de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Úmbita, en el entendido que la celebración de contratos de comodato pro-tempore de bienes inmuebles que se autoriza por esa norma, corresponde al plazo establecido en el artículo 83 de la Ley 9ª de 1989, esto es cinco años, renovables por otros cinco años.*
3. ***Comunicar*** *la presente providencia al Alcalde Municipal y al Presidente del Concejo del Municipio de Úmbita y al Gobernador de Boyacá.*

4. *Oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que, de considerarlo, inicie las indagaciones tendientes a sancionar a Elis Alexander Moreno S. en calidad de Alcalde Municipal de Úmbita, por el presunto desconocimiento del artículo 82 de la Ley 136 de 1994. Al oficio adjúntese copia de los folios 9 a 13 del expediente y de esta sentencia.*
5. *En firme esta providencia* ***ARCHÍVESE*** *el expediente.*

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha. CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas
Demandante: Departamento de Boyacá
Demandado: Municipio de Úmbita
Expediente: 15001 2333 000 2017 00757 00
"Invalidez Acuerdo Municipal No. 003 de 9 de febrero de 2017"

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

DESPACHO No. 4

MAGISTRADO: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 12 ENE 2018

MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

DEMANDANTE: PROCURADURIA 32 JUDICIAL I AGRARIA Y AMBIENTAL DE TUNJA

DEMANDADO: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA-CAR, MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRÁ, Y EMPOCHIQUINQUIRÁ

RADICACIÓN: 150012333000 201700 00766-00

Continuando con el trámite procesal subsiguiente, y en aplicación del artículo 27 de la Ley 472 de 1998, le corresponde al Despacho señalar fecha y hora para llevar a cabo audiencia pública de pacto de cumplimiento, en consecuencia se

DISPONE

1.- Por Secretaría cítese a las partes y demás intervinientes para que asistan a la audiencia de pacto de cumplimiento que tendrá lugar el día **dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018) a la hora de las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.).** Adviértaseles de las consecuencias en caso de inasistencia.

2.- Reconocer personería a la abogada MONICA ROCIÓ FONSECA PÁEZ, identificada con C.C. No. 40.044.544 de Tunja y T.P. No. 116.821 del C.S. de la J., para actuar como apoderada de la COPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA-CAR- de conformidad al poder obrante a folio 90.

3.- Reconocer personería al abogado HECTOR DAVID ORTIZ ALFARO, identificado con C.C. No. 79.881.998 de Bogotá y T.P. No. 265702 del C.S. de la J., para actuar como apoderado del MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRÁ, de conformidad al poder obrante a folio 274 a 276.

4.- Reconocer personería al abogada NATHALIE ORTEGON CRUZ, identificada con C.C. No. 33.704.142 de Chiquinquirá y T.P. No. 221.601 del C.S. de la J., para actuar como apoderada de LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE CHIQUINQUIRA-EMPOCHIQUINQUIRA, de conformidad al poder obrante a folio 285 A 286.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. ____ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretario

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho 053

Magistrada: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja,

Medio de Control:	*Nulidad y Restablecimiento del Derecho*
Demandante:	***Ximena Andrea Puentes Leguizamón***
Demandado:	*Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar*
Expediente	*15001 2333 000* ***2017 00769*** *00*

La demanda de la referencia, presentada por la señora ***Ximena Andrea Puentes Leguizamón****, a través de apoderado judicial, contra el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar, se* ***inadmitirá*** *por las siguientes razones:*

1. ***El poder especial no comprende todos los asuntos de la demanda.***

*El artículo 74 del Código General del Proceso indica que: "...****En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados****. (...)".*

De lo observado en el expediente, en el poder especial otorgado al profesional del derecho (fl. 23), se estableció que el mismo era para adelantar "...Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (...) contra ***LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL,*** *tendiente a obtener el reconocimiento y pago de todos los valores no reconocidos y no pagados en el acto administrativo que negó dicho reconocimiento y pago, relacionado con el Artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que habla de la PRIMA ESPECIAL...".*

De otro lado, la demanda se encamina a obtener la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20173170702671 de 03 de mayo de 2017, suscrito por el Oficial Nómina - Dirección de Personal del Ejército Nacional (fl. 25 vto). A título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento, liquidación y pago de: ***(i)*** *la* ***prima especial de servicios*** *contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992*[1]

---

[1] ***Artículo 14.*** *El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993. (...)*

(pretensión segunda[2] -fl. 13-) y ***(ii)*** *la* ***prima de servicios*** *de qué trata el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo[3] (pretensión tercera[4] -fl. 13-).*

Así las cosas, el objeto señalado en el poder allegado no comprende todo lo solicitado con el libelo introductorio -incluso no individualiza el acto demandado-, siendo del caso ***que se aporte poder suficiente para iniciar la demanda****.*

2. Capacidad y representación.

Tal como lo dispone el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, para efectos judiciales el Ministro[5] de despacho ejerce representación en lo relacionado con la cartera ministerial que dirige.

En consecuencia, no aparece justificación alguna que permita llamar como demandado a la Nación. La demandante deberá indicar con precisión las razones que justifiquen citarla en este proceso o excluirla.

3. Formulación de las pretensiones.

El numeral 2° del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, establece como requisito de la demanda que las pretensiones se formulen de forma precisa y clara:

> *"**Artículo 162. Contenido de la demanda.** Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:*
>
> *(...)*
>
> *2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones." (Negrillas fuera de texto).*

---

[2] ***2.*** *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR,* ***reconocer, liquidar y pagar*** *(...)* ***la prima especial de servicios*** *como lo señala la Ley 4 de 1992 en su Artículo 14, (...) dejados de devengar desde el momento de su vinculación, el 29 de enero de 2010, hasta la fecha de ejecutoria de esta demanda y* ***que se continúen pagando en el futuro mientras ejerza su función de Juez.***

[3] ***Artículo 306. De la prima de servicios a favor de todo empleado.*** *El empleador está obligado a pagar a su empleado o empleados, la prestación social denominada prima de servicios que corresponderá a 30 días de salario por año, el cual se reconocerá en dos pagos, así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros veinte días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. (...)*

[4] ***3.*** *Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR,* ***reconocer, liquidar y pagar*** *(...)* ***la prima legal de servicios,*** *como lo señala la El Código Sustantivo del Trabajo en su Artículo 306, dejados de devengar desde el momento de su vinculación, hasta la fecha de ejecutoria de esta demanda y* ***que se continúen pagando en el futuro mientras ejerza su función de Juez.***

[5] *Consejo de Estado-Salda de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 11 de mayo de 2005, Exp. No. interno (1644), C.P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce "...Así, cada ministerio desarrolla una función administrativa diferente; tiene de acuerdo con la ley, sus propios objetivos y estructura orgánica; formula y adopta políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirige; maneja negocios según su naturaleza, y los Ministros son jefes de la Administración en su respectiva dependencia, calidad en la cual deben presentar informe al Congreso sobre el estado de los negocios adscritos a su ministerio; de otro lado,* ***cada ministro representa a la Nación en los procesos contencioso administrativos, en donde pueden obrar como demandantes, demandados o interviniientes"*** *(Resaltado adicional).*

En efecto, el actor tiene la carga de formular el petitum indicando con exactitud lo que pretende, de forma tal que el Juzgador pueda adoptar una decisión de fondo, evitando así un fallo inhibitorio.

Lo anterior indica que la formulación precisa y clara de las pretensiones es un requisito de la demanda y, por ende, cabe la inadmisión por esta causal.

En el sub lite, la señora Puentes Leguizamón, solicitó (fls. 13 a 14):

> *"**1.** Declarar la Nulidad el (sic) Acto Administrativo No. 20173170702671, con fecha 03 de Mayo de 2017. (sic) Por medio del cual se dio respuesta negativa al derecho de Petición radicada (sic) ante esa entidad (sic), solicitando el reconocimiento y pago de la prima especial del (sic) que habla el artículo 14 de la ley 4 de 1992 y la prima legal correspondiente a su función de Juez.*
>
> ***2.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones (sic), se ordene a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, **reconocer, liquidar y pagar,** a la señora **Ximena Andrea Puentes Leguizamón** (...) **la prima especial de servicios como lo señala la Ley 4 de 1992 en su Artículo 14**, lo decidido por el Consejo de Estado según la Sentencia Expediente No 11001-03-25-0002007-00087-00 del veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014), dejados (sic) de devengar desde el momento de su vinculación, el 29 de enero de 2010, hasta la fecha de ejecutoria de esta demanda (sic) y **que se continúen pagando en el futuro mientras ejerza su función de Juez.***
>
> ***3.** Como consecuencia de la anterior declaración (sic) se ordene a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, **reconocer, liquidar y pagar,** a la señora **Ximena Andrea Puentes Leguizamón** (...) **la prima legal de servicios, como lo señala la (sic) El Código Sustantivo del Trabajo en su Artículo 306**, dejados (sic) de devengar desde el momento de su vinculación, hasta la fecha de ejecutoria de esta demanda (sic) y **que se continúen pagando en el futuro mientras ejerza su función de Juez.***
>
> ***4.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones (sic) se condene (sic) LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL NACIONAL (sic)- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, a **reliquidar, reconocer y pagar** al demandante (sic) **el valor de las diferencias salariales y prestacionales, existentes entre lo liquidado y pagado** hasta ahora por la administración con el **70% de remuneración mensual básica** y la reliquidación de todas sus prestaciones y emolumentos laborales solicitadas en las pretensiones anteriores, que resulte teniendo como base de liquidación el 100% de la remuneración básica mensual, incluyendo con carácter salarial para la base de liquidación el 30% del sueldo básico que la administración ha tenido hasta ahora como prima especial sin carácter salarial.*
>
> ***5.** Se condene a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, al pago de la indexación del dinero, año tras año, desde el momento en que se dejaron de pagar los dos ítems anteriores, hasta el día en que quede en firme esta demanda (sic).*
>
> ***6.** Se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 y 195 Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso*

Administrativo (CPACA)".

Tal como se formulan las pretensiones, la actora pide:

- ***i.*** *Reconocer la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.*
- ***ii.*** *Reconocer la prima legal contemplada en el artículo 306 del C.S.T.*

Se está pues ante una acumulación de pretensiones, no obstante, de la lectura integral de la demanda, ***únicamente se encuentra la argumentación relacionada con la prima especial dispuesta en la Ley 4ª de 1992****, lo cual se infiere no sólo de la normatividad a la que se alude, sino también de los cálculos matemáticos incluidos en los hechos de la demanda, con el fin de señalar el valor adeudado por cada año conforme a la norma antes indicada.* ***Nada refiere a la prima de que trata el artículo 306 del C.S.T[6].***

Resulta necesaria entonces precisión en la formulación de las pretensiones por cuanto la demanda constituye un cuerpo integral y no afirmaciones aisladas. Por el contrario, la pretensión debe estar acorde con los hechos y las normas que se dicen vulneradas, entonces, ni de la lectura de los hechos, ni del concepto de violación se puede inferir fundamento a la pretensión tercera de la demanda.

Además, en esta pretensión se solicita el reconocimiento y pago de la prima de servicios contemplada en el artículo 306 del C.S.T. "...desde el momento de su vinculación, hasta la fecha de ejecutoria de esta demanda (sic)"; sin embargo, en el hecho

---

[6] ***Artículo 306. Principio general****. Modificado por el Art. 2, Ley 1788 de 2016.*

1. Toda empresa (de carácter permanente) está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, como prestación especial, una prima de servicios, así:

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-825 de 2006; el texto entre paréntesis fue declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-100 de 2005.

NOTA: El texto subrayado y en negrita fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-871 de 2014.

a). Las de capital de doscientos mil pesos ($200.000) o superior, un mes de salario pagadero por semestres del calendario, en la siguiente forma: una quincena el último día de junio y otra quincena en los primeros veinte días de diciembre, a quienes hubieren trabajado o trabajaren toda el respectivo semestre, a proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo (y no hubieren sido despedidos por justa causa).

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-042 de 2003; el texto entre paréntesis fue declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-034 de 2003.

b). Las de capital menor de doscientos mil pesos ($200.000), quince (15) días de salario, pagadero en la siguiente forma: una semana el último día de junio y otra semana en los primeros veinte (20) días de diciembre, pagadero por semestres del calendario, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre; o proporcionalmente al tiempo trabajado. Siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo (y no hubieren sido despedidos por justa causa).

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-042 de 2003; el texto entre paréntesis fue declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-034 de 2003.
2. Esta prima de servicios sustituye la participación de utilidades y la prima de beneficios que estableció la legislación anterior.

*21 del libelo (fls. 10 a 11), se relata que "**...no se le ha venido pagando la prima legal de servicios** como lo señala el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, **como Juez de la República**; y no con el Rango Militar que ostenta razón por la cual se le adeuda la mencionada prima desde su vinculación...".*

Así las cosas, carece de claridad el petitum, puesto que no se puede determinar si la demandante pretende: i) el pago de la prima de servicios de que trata el artículo 306 del C.S.T.; o iii) la diferencia dejada de cancelar por concepto de la prima de servicios contemplada en el artículo 306 ídem, atendiendo el salario de Juez de la República.

Ahora, la pretensión 4ª de la demanda es del siguiente tenor:

> *"4. Como consecuencia de las anteriores declaraciones (sic) se condene (sic) LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL NACIONAL (sic)- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, a **reliquidar, reconocer y pagar** al demandante (sic) **el valor de las diferencias salariales y prestacionales, existentes entre lo liquidado y pagado** hasta ahora por la administración con el **70% de remuneración mensual básica** y la reliquidación de todas sus prestaciones y emolumentos laborales solicitadas en las pretensiones anteriores, que resulte **teniendo como base de liquidación el 100% de la remuneración básica mensual, incluyendo con carácter salarial para la base de liquidación el 30% del sueldo básico que la administración ha tenido hasta ahora como prima especial sin carácter salarial"** (Subraya adicional).*

Leído el derecho de petición aportado al plenario (fl. 23 vto.), no se observa que allí se haya formulado solicitud tendiente a lograr el pago a que se refiere la pretensión 4ª de la demanda, en la que se reclama la diferencia salarial y prestacional del 30% adicional a lo percibido. En efecto, la petición elevada en sede administrativa se limitó a solicitar el pago de la prima especial y la prima legal. Traído su contenido se tiene:

> "(...)
>
> ***1. PRIMA ESPECIAL:*** *Una vez revisadas las certificaciones laborales expedidas por el MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL - JEFATURA DE DESARROLLO HUMANO - DIRECCIÓN DE PERSONAL y comparadas con lo que ordena el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, advertimos que la Doctora **Ximena Andrea Puentes Leguizamón** (...) desde que empezó a fungir como Juez de Instrucción Militar a la fecha de radicación de este derecho de petición, no se le ha dado cumplimiento al pago de la **prima especial** (de entre el 30% y el 60% del salario básico) que habla la citada ley."*

*A su vez, en concordancia con la petición presentada, la entidad negó **el pago de la prima especial**[7] y de la **prima de servicios;** en consecuencia, la demandante deberá aportar **el acto administrativo** que negó la petición formulada ante la administración*

---

[7] *"Con relación al numeral primero del petitorio, donde informa que no se le hadado cumplimiento al pago de la prima especial a la señora **CT XIMENA ANDREA PUENTES LEGUIZAMÓN**, entre el 30% y el 60%, me permito informar que no es posible atender de manera favorable a lo solicitado toda vez que la prima sin carácter salarial reconocida a personal de la Justicia Penal Militar, en servicio activo que desempeñen cargos en el Ministerio de Defensa Nacional, se presupuesta conforme a los parámetros establecidos por el Ministerio de Defensa en el sistema de Captura de Nómina, contemplados en el Directiva Ministerial Permanente No. 16 de 2008..." (fl. 25)*

en los términos de la pretensión 4ª o, en su defecto, ***la petición*** *presentada con tal finalidad de manera que pueda considerarse la existencia de silencio administrativo negativo (arts. 83 y 166 num. 1º Ley 1437 de 2011), so pena de considerar la falta de agotamiento del procedimiento administrativo previo a la demanda.*

Recuérdese que para demandar la nulidad de un acto administrativo el requisito previo se agota cuando, además de interponerse los recursos procedentes, se plasma en la demanda el mismo objeto puesto en consideración de la administración[8]*. Frente al tema el Consejo de Estado, en sentencia de 07 de noviembre de 2013, Exp. No. 08001-23-31-000-2009-00907-01(0643-13), C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, afirmó que:*

> *"Es preciso aclarar que una cosa es* ***la falta de decisión previa*** *y otra muy distinta la falta de agotamiento de la vía gubernativa, pues mientras en la primera* ***no existe decisión previa*** *(expresa o presunta)* ***de la administración que se pueda juzgar por falta de petición del interesado cuando haya lugar****, la segunda opera cuando no se hayan interpuesto los recursos obligatorios en la vía gubernativa.*
>
> *(…)*
>
> *Por lo anterior, no puede la Sala entrar a decidir sobre si hay lugar al reconocimiento de dicha sanción en el presente asunto, pues como ya se indicó no hay decisión previa de la administración. Como se observa, el acto demandado versa únicamente sobre la indemnización y liquidación de unas prestaciones sociales adeudadas por supresión del cargo de la actora, sin que obre manifestación alguna de la pretendida sanción y por ende pronunciamiento de la administración sobre el particular.*
>
> *En efecto,* ***la administración pública****, a diferencia de los particulares,* ***no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter a juzgamiento****, pronunciamiento que, en alguno de los casos, puede ser impugnado ante la misma administración con el ejercicio de los recursos que otorga la ley para que la entidad que profirió el acto pueda revisarlo, revocarlo o confirmarlo. No puede pues olvidarse el supuesto de la existencia del acto emanado de la administración, que en el presente asunto sería el pronunciamiento sobre dicho reconocimiento como presupuesto para que esta instancia se decida al respecto" (Resaltado fuera de texto).*

Y en providencia de 30 de agosto de 2016, el alto Tribunal concluyó:

> *"2.2 Y ha aclarado que* ***ante la Jurisdicción no pueden plantearse hechos y pretensiones nuevas*** *–****diferentes a las invocadas en sede administrativa****-, aunque sí*

---

[8] *Consejo de Estado, Sentencia de 22 de abril de 2015, Exp. No. 08001-23-31-000-2011-00335-01(3640-13). M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.* ***"Dentro de nuestro ordenamiento jurídico el presupuesto de acceso a la vía judicial****, (ambién* ***denominado*** *doctrinariamente "decisión prealable" o* ***decisión previa****,* ***surge a partir del momento en que el gobernado acude por escrito a elevar una pretensión de carácter subjetivo poniendo en marcha el aparato administrativo en procura de una respuesta, materializada en un acto administrativo*** *que en muchas ocasiones basta para acceder a la vía judicial (…)*

En ese orden de ideas, la vía gubernativa se torna en el instrumento de comunicación e interacción entre la Administración Pública y sus Gobernados cuando media un conflicto de intereses, erigiéndose, no solo como una forzosa antesala que debe transitar quien pretende resolver judicialmente un asunto de carácter particular y concreto, sino en un mecanismo de control previó al actuar de la Administración cuyo beneficio es de doble vía. (…)

Por tanto, se entiende que el agotamiento efectivo de la vía gubernativa, no solamente lo compone la interposición de los recursos de ley sino el fiel contenido de la misma de acuerdo a la finalidad de su previsión legal, lo que implica la reclamación ante la administración de las pretensiones que posteriormente se ventilaran en sede judicial." (Subrayas adicionales).

> *mejores o nuevos argumentos y fundamentos de derecho respecto de los planteados en los recursos interpuestos en la vía gubernativa.* ***Lo anterior, porque ello implica la violación del debido proceso de la Administración.***
>
> *Es decir,* ***el administrado debe necesariamente expresar en sede administrativa los motivos y fundamentos de su reclamación****, lo que no obsta para que en oportunidad posterior, en sede judicial, pueda exponer nuevos o mejores argumentos en aras de obtener la satisfacción de su pretensión, previamente planteada ante la Administración*[9]*" (Destaca el Despacho).*

Las pretensiones de la demanda deben ser coincidentes con las peticiones formuladas previamente a la administración.

4. *Los hechos no están debidamente determinados y clasificados.*

El numeral 3° del artículo 162 de CPACA., precisa que los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones deben estar debidamente ***determinados****,* ***clasificados*** *y* ***numerados****.*

El propósito de este requerimiento, en cuanto a la enunciación de los hechos con precisión, orden y claridad, tiene como correspondencia la exigencia al demandado que éste también exponga su posición sobre la situación fáctica narrada por el actor, debiendo precisar, numeradamente, en cuáles da su conformidad y en cuales no; lo cual asegura a cabalidad el derecho de contradicción y defensa de quien ha sido llamado a juicio, y posibilita adicionalmente al operador judicial la fijación del litigio al cual se refiere el numeral 7° del artículo 180[10] *de la Ley 1437 de 2011.*

Así, en los términos del artículo 103 del CPACA., quien acude a la jurisdicción contencioso administrativo tiene el deber constitucional de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia y, en este sentido, exponer de forma diáfana y sin lugar a divagaciones, los hechos que originaron el litigio.

Examinada la demanda, encuentra el Despacho que la parte actora incurrió en la imprecisión de incluir criterios jurisprudenciales, apreciaciones del profesional del derecho y transcribir las normas que consideró violadas con la actuación del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, ***lo cual no atiende al concepto de "hecho" en sí mismo*** *(esto sucedió con los hechos 1°, 3°, 6°, 8°, 11, 13, 16, 18 y 23 a 28 -fls. 1 a 13).*

---

[9] *Consejo de Estado, Sentencia de 30 de agosto de 2016, Exp. No. 250002327000-2012-00226-01 (20281), M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.*

[10] ***Artículo 180. Audiencia inicial.*** *Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:*
(…)
7. ***Fijación del litigio.*** *Una vez resueltos todos los puntos relativos a las excepciones,* ***el juez indagará a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo****, y los demás extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la de reconvención, si a ello hubiere lugar,* ***y con fundamento en la respuesta procederá a la fijación del litigio*** *(…)" (Énfasis de la Sala).*

Véase como, por ejemplo, en los hechos 1°, 11, 23, 25 y 26, se dijo que:

> ***"1.*** *El Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992; en su Artículo 14 ordena que "El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar...*
>
> (...)
>
> ***11.*** *El Gobierno Nacional (Departamento Administrativo de la Función Pública) expidió el Decreto No. 1024 de 2013 por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la rama judicial y de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones. En su artículo 4 numeral 3 se fija una remuneración mensual a los empleados de la rama judicial y de la Justicia Penal Militar. Para Juez de Instrucción Penal Militar por concepto de remuneración mensual existe un pago de $4.600.487, en su Artículo 8 dice: "en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, se considerará como Prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes, de los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, de los Jueces de la República, de los Coordinadores del Juzgado Penal del Circuito Especializado de los magistrados y* ***Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar****" (Negrilla de nosotros). Pero ocurre que en la práctica el 30% no ha sido reconocido en cumplimiento del Decreto No. 1024 de 2013, tal como se demuestra con las certificaciones expedidas por el Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional.*
>
> (...)
>
> ***23.*** *Resulta un contrasentido lógico, extraño al derecho, aceptar que las primas por más exentas que estén de su carácter salarial representen una merma al valor de la remuneración mensual de los servidores públicos, es consecuencia evidente de lo considerado, concluir que los decretos que se vienen expidiendo anualmente, al tomar un 30% de la remuneración del funcionario para restarle su valor a título de prima especial sin carácter salarial, materialmente condensa una situación de violación a los contenidos y valores establecidos en la Ley 4ª de 1992.*
>
> (...)
>
> ***25.*** *El Consejo de Estado en sentencia del 2 de abril de 2009, por medio de la cual declaró la nulidad del artículo 7° del Decreto 618 de 2007, rectificó su jurisprudencia frente al concepto de prima, considerando que cuando se habla de dicha prestación debe entenderse como un fenómeno retributivo de carácter adicional, es decir, que acogió la segunda interpretación, al afirmar que: "(...) la noción de 'prima' como concepto genérico, emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un 'plus' en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificatorio.*
>
> ***26.*** *El Doctora Pablo J. Cáceres Corrales inicio la acción de Simple Nulidad ante el Consejo de Estado de los decretos reglamentarios de la Ley 4 de 1992 en contra de LA NACION - MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA obteniendo la nulidad de los mismos según la Sentencia Expediente No 11001-03-25-000-2007-00087-00 del veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014)" (fls. 1 a 13).*

Ahora, en los hechos 4°, 7°, 9°, 12, 14, 17 y 19 a 21, presentó unas liquidaciones de lo presuntamente adeudado por la entidad accionada a la demandante, y de las que indicó corresponder la estimación de la cuantía, a pesar de que en el acápite respectivo no se tengan como tal. Así mismo, en el hecho 22 (fl. 11), señaló que ***"...deberá el señor magistrado ponente dar aplicación a la excepción de ilegalidad constitucional en relación con los citados decretos por violar una norma superior (artículo 53 y 4 de la Constitución Política)"****, lo que obviamente no es un hecho, sino que se trata de una petición que claramente no debe estar enmarcada dentro de este título.*

Se lee en el hecho 14 (fl. 7):

> ***"14.*** *Para el año 2014, según el Decreto 194 del 2014, la doctora Ximena Andrea Puentes Leguizamon,* ***(...)*** *tenía derecho a un salario mensual de $4.735.742 (Columna A); aplicando el 60% (sic) de prima mensual sobre el salario básico, según la Ley 4 de 1992 en su artículo 14: suma que equivale a $2.841.445 mensual (Columna B), la sumatoria del salario mensual (Columna A) y la prima del 60% mensual (Columna B) asciende al total de $7.577.187 (Columna C). Finalmente, Multiplicando el valor correspondiente al 60% durante los doce (12) meses el año 2014, la suma adeudada que no ha sido pagada es de $34.097.342 (Columna D) para el año 2014.*

PAGO (sic) ordenado por el DECRETO 1388 DE 2010, expedido por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA $4.105.560.				
	A	***B***	***C***	***D***
MESES (sic) del año 2014	***PAGO (sic) ordenado por el DECRETO 1388 DE 2010 expedido por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA***	***PRIMA ESPECIAL 30% al 60% sobre el SALARIO BASICO según la LEY 4 ART. 14 de 1992 (I)***	***TOTAL COLUMNA (A) + COLUMNA (B)***	***VALOR NO PAGADO por parte del Ministerio de Defensa***
ENERO	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
FEBRERO	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
MARZO	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
ABRIL	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
MAYO	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
JUNIO	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
JULIO	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
AGOSTO	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
SEPTIEMBRE	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
OCTUBRE	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
NOVIEMBRE	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
DICIEMBRE	*$ 4.735.742*	*$ 2.841.445*	*$ 7.577.187*	***$ 2.841.445***
			TOTAL VALOR NO PAGADO $ 34.097.342	

(...)"

La forma como se presentaron los hechos en el libelo introductorio impide que las partes y la funcionaria judicial, establezcan con certeza en la fijación del litigio, respecto

de qué ***circunstancias de tiempo, modo y lugar*** *no hay discusión entre los litigantes de manera que sea posible evitar un desgaste en la práctica de pruebas. Por lo anterior, es que le asiste el deber al funcionario director del proceso, hacer el control de legalidad a la demanda y su contestación, precisamente en procura de adelantar un proceso organizado, claro, transparente y en observancia a los principios de celeridad y economía procesal.*

Este defecto debe ser corregido por la parte demandante, de manera que ***las afirmaciones ajenas*** *a la condición de hecho, de considerarse, se integren en el acápite diferente y adecuado de la demanda. Además, los hechos que finalmente integren el acápite deben ser presentados en forma cronológica.*

5. *De los fundamentos de derecho.*

De conformidad con el numeral 4° del artículo 162 del CPACA., en la demanda deben indicarse los fundamentos de derecho de las pretensiones.

Visto el texto de la demanda, a folios 14 a 18, se anuncia los fundamentos de derecho, no obstante, se enumeran y transcriben una serie de preceptos normativos y argumentos jurídicos que, una vez leídos, hacen alusión únicamente a la ***prima especial de servicios*** *contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, lo que es claro que, frente a la prima de servicios contenida el artículo 306 del estatuto laboral,* ***no se presenta explicación que realmente dé fundamento a la pretensión que la reclama****.*

Recuérdese que la exigencia procesal contemplada en el numeral 4° del artículo 162 ejusdem, se satisface cuando en el libelo se consigne la invocación normativa y la sustentación de los cargos. Naturalmente, la parte actora, por la significación sustantiva que puede tener un concepto de violación en el que se pretenda evidenciar la ilegalidad del acto acusado, requiere empeñarse en su elaboración; luego no basta con afirmar de manera general que el acto demandado desconoce normas de rango legal o constitucional, sino que es necesario que se concreten las disposiciones que se consideran conculcadas y se exponga de forma razonada y suficiente el porqué de cada afirmación.

El Consejo de Estado, en la Sala Plena de la Sección Segunda profirió la sentencia de 17 julio de 2003, Exp. No. 994-01, C. P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, en donde se concluyó:

> *"Que en casos similares al analizado, se había hecho una interpretación extremadamente amplia de las pretensiones invocadas, ligándolas con derechos fundamentales, en aras de la prevalencia del derecho sustancial.*

(...)

*Pero la Sala replantea su tesis, manifestando que **si bien es cierto que las pretensiones formuladas atañen a derechos laborales, no por ello es predicable la violación directa del derecho al trabajo ni de otro derecho fundamental**, de manera que pueda concluirse su afectación directa y forzosa, como consecuencia única del reclamo de sumas salariales y prestacionales, de las que no se evidencia que se halle tampoco comprometido el mínimo vital.*

(...)

***Al pretender la nulidad de un acto administrativo, es necesario citar las normas que estima como vulneradas, pues estas son fundamento de sus pretensiones y le demarca la decisión al fallador**, es sobre ello que versa la contención, en la medida en que **el examen de las normas que consagran los derechos invocados es lo que determina si en efecto éstos fueron quebrantados**. Y ello no se discute cuando se entra a debatir la legalidad de actos administrativos, pues **dada la presunción de legalidad que los ampara, es precisamente el censor a quien compete determinar no sólo las razones por las cuales estima que el acto quebranta el ordenamiento jurídico, sino las disposiciones de éste que estima conculcados**, no resulta lógico ni consecuente que con la simple enunciación de la ilegalidad de la actuación tenga que entrar el fallador a inquirir frente a cuales de las normas que conforman el universo jurídico pudo estar la contradicción contenida en el acto.*

(...)

Que examinar el acto administrativo por fuera de esta delimitación dada por la demanda constituye una clara ofensa al derecho de defensa consagrado constitucionalmente; la parte demandada acude en su defensa en torno a los planteamientos del libelo, que son los que se dispone a debatir; que sería sorprendida, si en cuestiones no expuestas en la litis inicial y frente a los cuales nada pudo alegar en su oportunidad, sólo en el momento del fallo la controversia se resuelve con planteamientos surgidos del examen de normas no invocadas" (Negrillas adicionales).

Deberá la parte actora proceder a explicar las normas que indica vulneradas conforme a las pretensiones de la demanda. No basta con la enunciación o trascripción de normas que se consideran trasgredidas, pues es indispensable señalar el motivo.

6. *De la estimación razonada de la cuantía.*

*La cuantía, como elemento determinante para fijar la competencia funcional, debe analizarse de manera directa con las pretensiones de la demanda, ya que **ésta no constituye un presupuesto que pueda ser precisado o no a elección de quien acciona, sino que debe ser determinado de manera razonada al momento de la presentación de la demanda**, de conformidad con los criterios que para tal efecto establece el artículo 157 del CPACA.*

Al respecto, el Consejo de Estado, en auto de 17 de octubre de 2013, Exp. No. 11001-03-26-000-2012-00078-00(45679), C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, destacó:

> *"Precisado lo anterior, se tiene que la Sala debe interpretar el **artículo 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011**, que **se encarga de reseñar las reglas que se deben observar a fin de***

> ***estimar la cuantía cuando sea este el criterio preponderante a la hora de identificar el Juez competente, de conformidad con el principio de acceso material a la administración de justicia, y especialmente el principio del Juez natural****, de donde se deduce, entonces,* ***la necesidad de fijar parámetros interpretativos que brinden seguridad jurídica al momento de precisar el Juez al que corresponderá el conocimiento y decisión de un determinado proceso contencioso administrativo."***

El numeral 6° del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, establece como requisito de la demanda la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia. En el presente asunto, la competencia de la Corporación para tramitar la demanda depende de la cuantía y por tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ésta deberá superar el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como lo establece el numeral 2° del artículo 152[11] ibídem.

Examinada la cuantía de la demanda (fl. 19), se observa que ésta se estimó en ***$277.626.250 pesos M/cte.,*** *(376,3 smmlv[12]); sin embargo, de la lectura de este acápite, no se encuentra explicación alguna que sustente dicho valor.*

En estas condiciones, la demandante deberá establecer, de forma precisa y detallada, las diferencias salariales -discriminadas año por año-, entre el valor mensual percibido y el que resulta de adicionar el porcentaje del salario que pretende sea reconocido, para de esta forma determinar la competencia o no de este Tribunal. La cuantía no es caprichosa, por el contrario, es un factor objetivo de competencia.

De conformidad con el artículo 170 del CPACA., la demanda se inadmitirá para que sea corregida tal como lo ordena esta providencia.

Por lo expuesto, se

Resuelve:

1. ***Inadmitir*** *la demanda de* ***nulidad y restablecimiento del derecho****, presentada por la señora* ***Ximena Andrea Puentes Leguizamón****, contra el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar.*

2. ***Conceder*** *diez (10) días a la parte demandante para que corrija los defectos anotados en esta providencia so pena de rechazo, conforme al artículo 170 del CPACA.*

---

[11] ***Artículo 152. Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia.*** *Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*
(...)
2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

[12] *El artículo 1° del Decreto No. 2209 de 30 de diciembre de 2016, fijó el salario mínimo para el año 2017, en $737.717 pesos M/cte.*

3. *No se reconoce personería para actuar al abogado Carlos Mauricio Agudelo Vallejo, como apoderado de la parte demandante, por lo expuesto en la parte considerativa.*

4. ***Notificar*** *esta providencia por estado electrónico en los términos del artículo 201 del CPACA., y envíese mensaje de datos a la parte actora a la dirección indicada a folio 21.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado No. _____, hoy _____ siendo las 8:00 A.M.

CLAUDIA LUCÍA RINCÓN ARANGO
Secretaria

. Tribunal . Administrativo de . Boyacá
. Sala de Decisión . No. 3
. Magistrada . Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, diciembre catorce (14) de dos mil diecisiete (2017)

Demandante *: Departamento de Boyacá*
Demandado *: Municipio de Mongui*
Expediente *: 15001 2333 000* ***2017 00783*** *00*
"Invalidez Acuerdo Municipal No. 007 de 4 de septiembre de 2017"

Decide la Sala en única instancia, la solicitud de invalidez del Acuerdo 007 de 4 de septiembre de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Mongui, "POR EL CUAL SE ESTABLECE LAS ESCALAS SALARIALES DE LOS EMPLEADOS DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE MONGUI Y SE FACULTA AL ALCALDE PARA DETERMINAR LA ESCALA DE VIATICOS Y TRANSPORTE PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL DOS MIL DIECISIETE (2017)".

I. ANTECEDENTES.

El Departamento de Boyacá pidió al Tribunal declarar la invalidez del Acuerdo 007 de 4 de septiembre de 2017, en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 119 del Decreto Ley 1333 de 1986 y el artículo 305-10 de la Constitución Política, al considerarlo violatorio de los artículos 6, 121, 313 y 315 de la Constitución Política, 1, 2, 3, 4 , 15, 16, 17, 18, 19 y 20 del Decreto 785 de 2005, 41 de la Ley 136 de 1994, 35 de la Ley 734 de 2002 y 12 de la Ley 4ª de 1992 (fls. 2-4).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Dijo en el concepto de la violación, que el legislador otorgó competencia a los Alcaldes municipales para establecer escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del municipio, distinto a lo que se observa en el presente acuerdo, el cual pretende fijar un límite máximo para cada nivel jerárquico, situación que desconoce los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios en este tipo de casos, toda vez que la competencia está en cabeza del Gobierno Nacional de conformidad con la Ley 4ª de 1992, para que una vez sean fijados los límites máximos, los Concejos Municipales determinen las escalas de remuneración de las diferentes categorías de empleos de la administración municipal.

Hizo mención a los niveles jerárquicos de los empleados públicos, la naturaleza de la asignación salarial, requisitos y experiencia requeridos para su ejercicio, de conformidad con el artículo 13 Decreto 1042 de 1978. Luego de definir el alcance del término "escala salarial" (fl. 6), concluyó que la escala salarial no incorpora, incluye, especifica empleo alguno, pues ello se realiza siguiendo los derroteros fijados en el Decreto 758 de 2005 –arts. 16 al 20-.

Sostuvo que "En síntesis, cada grado salarial es único en cada nivel y por ende no puede existir uno de ellos con más de una asignación salarial, mientras que si pueden existir distintas denominaciones de empleos en un mismo nivel con el mismo grado salarial" (fl. 7)

Agrego que: "Así las cosas, bajo este panorama conceptual, al Acuerdo No. 07 del 04 de septiembre de 2017 proferido por el Concejo Municipal de La Villa de Mongui, Boyacá, no establece o fija Escala Salarial alguna por niveles o categorías de empleos, pues solo se limita establecer unos límites o techos de asignación máxima mensual para cada una de los niveles jerárquicos de la administración pública, desconociendo por demás y de tajo la sucesión sistemática, ordenada y progresiva de valores para cada uno de los diferentes niveles o categorías de empleos, razón de ser de una escala" (fl. 7)

Finalmente manifestó que de conformidad con los artículos 6 y 121 de la Carta Política, los servidores públicos y las entidades de esta naturaleza sólo pueden actuar de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias, distinto a los particulares, que pueden actuar hasta el límite de lo prohibido. Solicitó declarar la invalidez de los artículos 1° y 2° del Acuerdo 007 de 4 de septiembre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Mongui.

III. ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda de invalidez del Acuerdo No. 007 de 4 de septiembre de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Mongui (Boyacá), fue admitida mediante auto de ***24 de octubre de 2017*** *(fl. 33), proveído en el que se corrió el traslado al Ministerio Público y fue fijado en lista por el término de 10 días para dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 196 del CPACA.*

47

IV. INTERVENCIONES

El Municipio de Mongui, a través de Apoderado Judicial (fls. 37 – 40), dentro del término de fijación en lista, hizo alusión al origen del concepto de las escalas de remuneración, trajo a colación la Sentencia C-510 de 1999, proferida por la Corte Constitucional y la sentencia con número de radicado 150012333000201600808OO, proferida por ésta Corporación, para concluir que al Acuerdo bajo estudio no estableció o fijó escala salarial para las diferentes categorías o niveles de empleos, por el contrario incorporó el empleo al cual se le asigna el respectivo salario.
Finalmente dijo que el Concejo Municipal de Mongui, no determinó el valor o asignación de cada uno de los empleos, lo cual no vulneró las competencias del alcalde, al contrario dejó dicha función en cabeza del burgomaestre.
Se decide previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a determinar si procede declarar la invalidez del Acuerdo No. 007 de 4 de septiembre de 2017 "POR EL CUAL SE ESTABLECE LAS ESCALAS SALARIALES DE LOS EMPLEADOS DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE MONGUI Y SE FACULTA AL ALCALDE PARA DETERMINAR LA ESCALA DE VIATICOS Y TRANSPORTE PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL DOS MIL DIECISIETE (2017)".

5.1. Cuestión Previa – De los límites del estudio del Juez en sede de validez.

Tratándose de una solicitud como la que ocupa esta petición, los límites de la decisión están determinados por el solicitante y de manera concreta por las razones de derecho de la solicitud de invalidez. Se plantea pues para el Tribunal la imposibilidad de un examen general de legalidad, en efecto, cuando, en ejercicio del control de legalidad o constitucionalidad, el Tribunal revisa un acuerdo objetado por el Gobernador, el estudio que corresponde a la Corporación Judicial se limita a las razones expuestas en la solicitud de invalidez, frente a los preceptos constitucionales o legales por el invocados y con los cuales ***se hace la confrontación****. El examen se contrae a los* ***aspectos que han sido materia de inconformidad explícita****.*

No corresponde en este procedimiento un análisis total, que agote las referencias a ***la integridad de los preceptos constitucionales y/o legales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio****. Es necesario pues, establecer con toda claridad cuáles son los reproches del ejecutivo atendiendo* ***exclusivamente aquellos aspectos a los que se contrajo el escrito de invalidez presentado por el Gobernador del Departamento****, es este análisis y ningún otro el que permite determinar si la solicitud de invalidez puede ser acogida total o parcialmente.*

Sobre este aspecto, resultan aplicables las consideraciones de la Corte Constitucional expuestas en la Sentencia C-1036 de 2003, dijo:

> *"(...) Según constante jurisprudencia[1], el examen que realiza la Corte de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República, ante la insistencia del Congreso, por infringir la Constitución Política,* ***se restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia****, aspectos que son los que limitan el alcance la cosa juzgada constitucional (...)" Resaltado fuera de texto.*

Y en la Sentencia C- 256 de 1997 precisó "(...) Considera la Corte que cuando, en ejercicio del control previo de constitucionalidad, ella revisa un determinado proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, el examen que efectúa hace tránsito a cosa juzgada constitucional. No obstante, como las objeciones presidenciales no siempre recaen sobre la totalidad de las normas integrantes del proyecto y, si son de carácter formal, señalan apenas unos específicos motivos de violación de la Carta, ***los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte. Por tanto, la cosa juzgada es en tales casos relativa****, pues la exequibilidad que se declara no proviene normalmente de un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio." Resaltado fuera de texto.*

Así las cosas, la demanda está encaminada a que se declare la invalidez del artículo 1° y 2° del Acuerdo No. 007 de 4 de septiembre de 2017 (fl. 7), por

[1] *Sentencias C-176, C-482, C-913, C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997, entre otras.*

cuanto considera el Departamento de Boyacá que el Concejo de Mongui, con el acto demandado asumió competencias que le corresponden al Gobierno Nacional en tanto el Acuerdo no fija una escala salarial, sino establece el salario a cancelar a cada empleo descrito en la norma, desconociendo que la clasificación de nivel, código y denominación del cargo, es una labor que realiza el Gobierno a través del Decreto 785 de 2005.

Que al Concejo solo compete establecer la escala salarial, en términos prácticos incluir el grado con dos dígitos adicionales a los señalados en el Decreto expedido por el Gobierno Nacional, tal como lo ilustra la gráfica vista a folios 6 y 7 del plenario. En esa medida, concluye el Departamento de Boyacá que el Acuerdo demandado fija límites a la asignación para los empleos de cada nivel jerárquico pero, insiste, no establece la escala salarial.

Para resolver el caso la Sala estudiará las competencias en relación con el régimen salarial de los empleados territoriales, luego abordará lo relativo a la escala salarial, y posteriormente descenderá al caso concreto.

5.2. Competencias en materia salarial de empleados públicos territoriales.

En el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política, fue prevista la facultad para que el Congreso Nacional, de hacer las leyes por medio de las cuales se establezcan las normas generales y señale los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional en materia salarial y prestacional de los empleados públicos, así:

> *"Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*
> *(...)*
> *19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:*
> *(...)*
> *e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;"*

Por su parte en el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, el Congreso de la República le confirió plenas facultades al Gobierno Nacional para establecer los límites máximos salariales de los servidores públicos del orden territorial, ese precepto prevé en su tenor literal lo siguiente:

> ***"Artículo 12º.- El régimen prestacional de los servidores públicos de la entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional**, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.*
> ***Parágrafo.-** El Gobierno **señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.** –Negrilla de la Sala-.*

El numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política señala como competencia de los Concejos Municipales la siguiente:

> *"6°) Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales a comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta." (Subraya la Sala).*

En éste sentido la Ley 136 de 1994 en el artículo 71 dispuso lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 71. INICIATIVA.** Los proyectos de acuerdo pueden ser presentados por los concejales, los alcaldes y en materias relacionadas con sus atribuciones por los personeros, los contralores y las Juntas Administradoras Locales. También podrán ser de iniciativa popular de acuerdo con la Ley Estatutaria correspondiente.*
>
> ***PARÁGRAFO 1o.** Los acuerdos a los que se refieren los numerales 2o.,3o., y **6o., del artículo 313** de la Constitución Política, sólo podrán ser dictados a iniciativa del alcalde" (Subraya la Sala)*

Por su parte el artículo 315 de la Constitución Política prevé:

> *"Artículo 315. Son atribuciones del alcalde:*
> *(...)*
> *7. Crear, suprimir a fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado." Subrayado fuera de texto.*

En la sentencia C-152 de 1995, la Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo del artículo 71 de la Ley 136 de 1994. Expuso para tales efectos, en lo que interesa a este proceso:

> ***"...C. Reserva de la iniciativa al alcalde para presentar proyectos de acuerdo en las demás materias a que alude la disposición acusada.***

La Corte Considera que la reserva que la ley introduce en punto a la iniciativa para presentar proyectos de acuerdo en los asuntos a los que se refiere el numeral 3 y el 6 del artículo 313 de la C.P. éste último parcialmente analizado en el acápite anterior, se ajusta a la Carta.

1. La Corte debe resolver si la ley, no obstante que el Constituyente haya guardado silencio, puede, en relación con las materias contempladas en la disposición acusada, reservar al alcalde la iniciativa para presentar proyectos de acuerdo.

2. No se discute que el alcalde está sujeto a lo que dispongan los acuerdos formalmente adoptados y que goza de iniciativa general para presentar proyectos de acuerdo. Lo que se debate es si la ley puede, ***respecto de ciertas funciones constitucionales de los concejos, restringir la iniciativa para presentar tales proyectos****, otorgándosela exclusivamente a los alcaldes. Las dos circunstancias anotadas, en consecuencia, ignoran el problema de fondo y no pueden servir como fundamento a una decisión de inexequibilidad.*

3. El silencio del Constituyente frente a la reserva en favor de la iniciativa radicada en el alcalde, podría esgrimirse para definir la inconstitucionalidad de la disposición acusada, sólo si el régimen y los límites aplicables al concejo tuvieran como fuente exclusiva la Constitución Política. Empero, tanto desde el punto de vista funcional (CP art. 313-10) como material (CP art. 287), el sistema establecido por la norma constitucional, permanece abierto a la regulaciones legales, las cuales, desde luego, deben sujetarse a la Constitución.

4. No se remite a duda que ***las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses****. Sin embargo, la Constitución precisa que ella se lleva a cabo "dentro de los límites de la Constitución y la ley" (CP art. 287). No toda limitación o restricción legal puede ser admisible. El núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales no puede ser afectado por las leyes que se dicten en este campo. Si así fuere, se modificaría la fisonomía del Estado que siempre ha de reflejar una síntesis equilibradora entre lo unitario y la descentralización y autonomía de sus entidades territoriales (CP art. 1).*

5. Examinada la norma legal, desde la perspectiva de la autonomía local, no se observa que se vulnere en modo alguno su núcleo esencial: (1) las decisiones finalmente se adoptan por el concejo que es un órgano de autogobierno; (2) el alcalde tiene el carácter de autoridad local, democráticamente elegido; (3) ***la reserva de la iniciativa, dada la índole de las precisas funciones respecto de las cuales se predica, en su mayoría con una proyección directa en el erario municipal, es razonable. En efecto, el alcalde, como Jefe de la Administración local, debe cuidar de la sanidad y solidez de la hacienda municipal. El mismo proceso de autonomía y la prestación de los servicios municipales, pueden ponerse en serio peligro si no se establecen mecanismos de control al desmedido gasto público, los cuales deben tener eficacia incluso preventiva****; (4) finalmente, la reserva en materia de la concesión de facultades pro tempore, reafirma la autonomía del concejo y evita que el mismo se desligue de sus competencias y responsabilidades propias." (Resalta la Sala)*

La iniciativa prevista por la ley, en materia de asignaciones de los servidores municipales, debe entenderse, pues, sujeta a los fines y alcances que la Corte Constitucional precisó en la sentencia C- 152 de 1995, es decir a ***los efectos económicos que la determinación de las escalas de remuneración puede tener sobre la hacienda pública a fin de evitar que los servicios municipales no se pongan en peligro por el desbordamiento del gasto público****, pero también es claro que los órganos y autoridades municipales están obligados al cumplimiento de la ley.*

No puede perderse de vista que ***la facultad en la determinación de la escala salarial de los distintos niveles de empleos es del Concejo Municipal*** *y que* ***la iniciativa concedida al alcalde no puede desbordar los precisos términos en que la Corte*** *avaló la constitucionalidad de la ley.*

De otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-510 de 1999, M.P. Doctor Beltrán Sierra, en relación con la competencia para establecer los salarios de los empleados públicos territoriales, señaló:

> *"(...) No obstante que las* ***autoridades locales*** ***tienen competencias expresas para determinar la estructura de sus administraciones, fijar las escalas salariales y los emolumentos de sus empleados públicos*** *(C.P. arts. 287, 300-7, 305-7, 313-6 y 315-7). (...)*
>
> *Dentro de este contexto,* ***ha de colegirse*** *que la competencia para determinar el* ***régimen salarial*** *de los empleados de las entidades territoriales, en el marco de la Constitución de 1991,* ***requiere una interpretación sistemática y coherente de sus mandatos, a efectos de hacer compatible la autonomía que se reconoce a los entes territoriales, en especial, el que hace referencia a la facultad de gobernarse por autoridades propias*** *(artículo 287, numeral 1). (...)*
>
> *En estos términos, para la Corte es claro que existe una* ***competencia concurrente*** *para determinar el* ***régimen salarial*** *de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero,* ***el Congreso de la República,*** *facultado única y exclusivamente para* ***señalar los principios y parámetros generales*** *que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el* ***Gobierno Nacional,*** *a quien corresponde señalar sólo los* ***límites máximos*** *en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero,* ***las asambleas departamentales y concejos municipales,*** *a quienes corresponde determinar* ***las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias,*** *según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto,* ***los gobernadores y alcaldes,*** *que deben fijar* ***los emolumentos de los empleos de sus dependencias,*** *teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los* ***límites máximos*** *determinados por el Gobierno Nacional." -Negrilla y subraya fuera del texto-.*

Entonces para el caso bajo estudio, debe tenerse que en virtud de la facultad de gobernarse por autoridades propias reconocida a las entidades territoriales en el artículo 287 de la Constitución Política, a los Concejos Municipales corresponde determinar ***la escala de remuneración de sus dependencias****, directrices que debe seguir el Alcalde respectivo, observando por supuesto los parámetros por el Gobierno Nacional.*

5.3. De las Escalas Salariales:

En cuanto se refiere al alcance de las escalas salariales, la Corte Constitucional, en Sentencia C-416 de 1992, señaló:

> *"En efecto, la* ***nomenclatura*** *de los empleos públicos es un catálogo, repertorio o relación clasificada de las plazas en que los servidores del Estado prestan a éste sus servicios, o, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia al resolver sobre acción similar a la que nos ocupa, una "distribución jerarquizada y escalonada de los empleos del sector oficial, al cual corresponde una tasa diferencial de salarios, de desarrollo vertical, de manera tal que cargos del mismo nivel y categoría se retribuyan con la misma remuneración"[2]; las* ***escalas de remuneración no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores****; el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación está circunscrito a la normatividad aplicable a esos rubros en aspectos tales como la previsión de los eventos en que se causan las reglas para su cuantificación, los procedimientos para su cobro, reconocimiento y pago; la facultad de fijar asignaciones mensuales, bonificaciones e incrementos de salarios se agota cuando se determina el monto de ellos."(Negrilla fuera de texto)*

Doctrinariamente, se define escala salarial o tabla salarial, en los siguientes términos:

> *"Tabla salarial. Concepto. Empezamos por ella porque es la espina dorsal del sistema salarial y consiste en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir,* ***ubicados desde el inferior hasta el superior,*** *para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas, las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio.*
>
> *Obviamente, la tabla de remuneraciones en sí sola carece de mayor o menor significación y lo definitivo en ella son los criterios e instrumentos para su utilización y manejo. Así, los procedimientos de clasificación de puestos descritos en el capítulo que antecede, servirán posteriormente para referir y encuadrar en los grados mayores los puestos más elevados en cada serie o denominación y en los inferiores los distinguidos por las tareas más elementales, según la diferente*

[2] *C.S.J., Sala Plena: Sentencia No.173, Noviembre 22 de 1990. Ponente: Magistrado Rafael Méndez Arango.*

> *dificultad o complejidad que los empleos presenten. Por lo tanto, es la clasificación del proceso que tenderá a ubicar acertada y racionalmente un empleo dado."*[3]

Así resulta indudable el carácter técnico de la competencia de los Concejos Municipales en materia salarial, que no comprende, ni puede comprender la facultad de ***crear salario o factores salariales*** *sino que se limita a la fijación* ***en abstracto de las escalas de remuneración*** *para las distintas categorías de empleos.*

Resulta pertinente sobre esta materia traer en cita un precedente de esta Corporación, contenido en la sentencia de 25 de noviembre de 2015, MP. Dr. Fabio Iván Afanador García, dentro del Expediente 15001-2333-000-2015-00340-00, oportunidad en la que se consideró, lo siguiente:

> ***"B. DE LAS ESCALAS DE REMUNERACIÓN SALARIAL.***
>
> *Frente al tema, este Tribunal, en sentencia de fecha 29 de julio de 2014, proferida por la Sala de Decisión No. 4, dentro de la Acción de Validez de Acuerdo Municipal, radicado No.150012333000201400250- 00, y en donde el suscrito ponente hizo parte de la Sala, se indicó lo siguiente:*
>
> > *"....Ahora bien, dado que las escalas salariales de los empleos no puede ser objeto de estudio o análisis aisladamente, el Decreto 785 de 2005 "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004", en su artículo 2° define el empleo -razón de ser de las escalas salariales- , como el conjunto de fundones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, los que de conformidad con el artículo 3°, ibidem, según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial en las entidades territoriales.*
> > *Niveles jerárquicos que agrupan según la naturaleza de sus funciones, una serie de empleos, cada uno identificados con un código de tres (3) dígitos, donde el primer dígito indica el nivel y el segundo la denominación o nombre del empleo (art. 15 Decreto 785 de 2005), v.gr. 020 Secretario de Despacho, y 039 Gerente, donde el cero (0) nos indica que estos empleos son del Nivel Directivo y el 20 y el 39 nos indican la denominación de cada empleo, Secretario de Despacho y Gerente respectivamente, tal y como están previstos en el artículo del Decreto 785 de 2005. Lo propio se prevé para los otros niveles en los artículos del 17 al 20 del mencionado decreto.*

[3] *Younes Moreno, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Ed. Temis. Año 2001. Pág.98*

Y para efectos de la remuneración de cada uno de estos empleos, dicho código deberá ser adicionado hasta con dos dígitos más, ***que corresponderán a los grados de asignación básica de acuerdo a las escalas de remuneración que las Asambleas y los Concejos fijen para las distintas categorías de empleos*** *(art. 15 Decreto 785 de 2005).*

En otras palabras, el grado salarial es el número de orden que indica la asignación mensual del empleo dentro de una escala numérica, sucesiva y progresiva, establecida para el respectivo nivel o categoría de empleos, *según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones, v.gr. las escalas salariales que año tras año el Gobierno Nacional fija mediante decreto para los distintos niveles o categorías de empleos de las diferentes entidades y organismos del Estado del orden nacional, donde la primera columna señala los grados de remuneración, consistentes en dos dígitos que, como ya se dijo, complementan los códigos que corresponden a las distintas denominaciones o nombre de los empleos que conforman cada una de las diferentes categorías o niveles jerárquicos.*

La segunda columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel directivo.

La tercera columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel asesor.

La cuarta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel profesional.

La quinta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel técnico.

La sexta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel asistencial.

Veámoslo gráficamente, con valores en el nivel técnico, a manera de ejemplo:

GRADO	CATEGORIA O NIVEL JERARQUICO				
	DIRECTIVO	ASESOR	PROFESIONAL	TECNICO	ASISTENCIAL
01	(...)	(...)	(-)	750.000	(.-)
02	(...)	(-)	(...)	820.000	(...)
03	(...)	(-)	(...)	900.000	(...)
04	(...)	(...)	(...)	1.000.000	(-)
05	(-)	(...)	(...)	1.100.000	(...)
06	(...)	(...)	(...)	1.200.000	(-)

De donde para el caso concreto, establecida la anterior escala salarial por el Conceja respectivo, corresponde ***al Alcalde Municipal, de conformidad con el numeral 7o del artículo 315 de la Constitución Política, fijar la respectiva asignación salarial a cada uno de los empleos que conforman la planta de personal*** *(V/gr. Técnico Administrativo Código 367 Grado 02, le corresponde una asignación salarial mensual de $820.000; al Inspector de Policía 3ª a 6ª categoría, Código 303 Grado 05, le corresponde una asignación salarial mensual de $1.100.000).*

Y puede existir otra denominación de empleo del mismo nivel con igual grado salarial (V/gr. Técnico Operativo Código 314 Grado 02 le corresponde una asignación salaria/ mensual de $820.000 y así para los otros niveles o categorías de empleos)" (Negrilla fuera de texto).

5.4. Del Caso Concreto.

El articulo 1° y 2° del Acuerdo No. 007 de 4 de septiembre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Mongui, prevé:

> *"**ARTICULO PRIMERO:** De la **ESCALA SALARIAL:** Establézcase la escala salarial de los empleados de la planta del Municipio de Mongui para la vigencia 2017 así:*

NIVEL JERARQUICO	*ESCALA MAXIMA DE REMUNERACIÓN MENSUAL*
DIRECTIVO	*$2.239.007*
PROFESIONAL GRADO 3	*$2.219.734*
PROFESIONAL GRADO 1	*$1.642.351*
ASISTENCIAL GRADO 1	*$1.027.141*
ASISTENCIAL GRADO 2	*$839.121*

> ***Parágrafo 1.** El Alcalde Municipal establecerá por Decreto la asignación básica mensual de sus funcionarios, teniendo en cuenta la escala máxima anterior.*

> ***ARTICULO SEGUNDO: DEL INCREMENTO DETERMINADO,** El reajuste será de seis punto setenta y cinco por ciento (6.75%), para la vigencia el 2017, retroactivo al primero (01) de enero del presente año; las asignaciones básicas mensuales para los empleados de la administración municipal de Mongui quedarán así*

CODIGO	*GRADO*	*SALARIO 2017*
	NIVEL DIRECTIVO	
20	*02*	*$2.239.007*
	NIVEL PROFESIONAL	
202	*03*	*$2.219.734*
219	*01*	*$1.642.351*
	NIVEL ASISTENCIAL	
407	*01*	*$1.027.141*
407	*02*	*$839.121*

> *(...)" (fl. 10).*

Examinado el acto administrativo cuya invalidez se pide se observan lo siguiente:

*En el articulo 1° del Acuerdo No. 007 de 4 de septiembre de 2017 expedido por el Concejo Municipal de Mongui, se contrajo al ejercicio técnico de su función relativa al establecimiento **de las escalas salariales** y, ubicó los distintos empleos en los grados y niveles, sin embargo en la columna correspondiente a la Escala, se consignó la palabra "máxima", la cual*

desconoce que la competencia para establecer los máximos es del Gobierno Nacional y no de la Corporación edilicia, a quien le corresponde únicamente establecer la escala asignando el grado, según el nivel y el valor del salario correspondiente, en esa medida, debe proceder a excluirse esa palabra "máxima" de la referida escala salarial dispuesta en el artículo 1° del Acuerdo No. 007 de 4 de septiembre de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Mongui.

Ahora en el parágrafo del artículo primero, se estableció que la asignación básica la determinaría el Alcalde Municipal por decreto, "teniendo en cuenta la escala máxima anterior". La Corte Constitucional en la sentencia C-510 de 1999, señaló[1]"...los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los ***límites máximos*** *determinados por el Gobierno Nacional". Entonces, de una parte los máximos son competencia del Gobierno Nacional, las escalas salariales son competencia del Concejo Municipal, y la determinación del emolumento atendiendo a la* ***escala*** *es del Alcalde Municipal.*

De lo anterior, resulta evidente que lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1° del Acuerdo No. 007 de 04 de septiembre de 2017, no atiende el sistema de competencias concurrentes a que se refiere la jurisprudencia en cita, pues no sólo prevé el emolumento máximo, función que corresponde realizar al Gobierno Nacional, sino que además termina por establecer los emolumentos máximos, sin cumplir con la función de establecer escala alguna, es decir, deja en manos del alcalde la determinación, podría decirse, libre, sin que sobrepase el máximo, lo cual no resulta ajustado a la ley pues, establecida la escala, es que el alcalde, al determinar el código del empleo, lo ubica según las necesidades del servicio.

En relación con las competencias que le corresponde ejercer a cada uno de los actores dentro del esquema establecido en materia salarial a nivel territorial, resulta ilustrativo lo señalado por la Sala de Decisión No. 1 de esta Corporación, en sentencia de 12 de diciembre de 2017, dentro del radicado No. 15001-2333-000-2017-00582-00, así:

---

[1] ***CORTE CONSTITUCIONAL.*** *Sentencia C-510 de 1999. MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.*

"Previo a resolver, resulta imperioso destacar, en primer lugar, que la Constitución Política, en el literal e) numeral 19 del artículo 150, otorgó al Congreso de la República la competencia para que, mediante ley marco, ***dicte las normas generales y señale en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno nacional en materia salarial y prestacional de los empleados públicos.***

Conforme a la anterior atribución, el parágrafo del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992[5] *confirió plenas facultades al Gobierno Nacional para efectos de fijar, mediante decreto,* ***los límites máximos salariales de los servidores públicos de los entes territoriales****; al respecto dicha norma dispuso:*

> *"Artículo 12.- El régimen prestacional de los servidores públicos de la entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.*
>
> *PARÁGRAFO.* ***El Gobierno señalará el límite máximo salarial*** *de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional."*

Ahora bien, el artículo 313 numeral 6 de la Constitución Política, ***en concordancia con el parágrafo 1º del artículo 71 de la Ley 136 de 1994***[6]*, señaló que* ***le corresponde a los Concejos Municipales, a iniciativa de los Alcaldes, determinar las escalas de remuneración salarial correspondientes a las distintas categorías de empleos.***

Por su parte, el numeral 7 del artículo 315 de la Constitución Política consagró como ***una atribución exclusiva del Alcalde, la de fijar la asignación salarial para los empleados del municipio****; al respecto dicha norma estableció lo siguiente:*

> *"ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde:*
>
> *(...)*
> *7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y* ***fijar sus emolumentos*** *con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijados para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado... ".*

Mandato que fue reproducido en el numeral 4 del literal D del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, como una atribución propia en relación con la administración municipal.

(...)

---

[5] *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.*
[6] *Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.*

> *La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 09 de febrero de 2017, precisó así el alcance competencial en materia de fijación de escalas salariales, providencia que, aunque alusiva al orden departamental, también resulta ilustrativa y aplicable al presente caso del nivel municipal:*
>
> > *"La facultad constitucional otorgada a las asambleas departamentales para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, como lo ha sostenido esta Corporación, es de índole eminentemente técnica, y* ***no comprende la facultad de crear el salario o factores salariales, sino que se limita a agrupar o clasificar los empleos del nivel departamental en las diferentes categorías, debiendo señalar en forma escalonada las consecuencias económicas que se derivan de dicha categorización****.*
> >
> > *Esa competencia implica que las asambleas tienen la autonomía para establecer y definir las correspondientes escalas salariales, esto es, para* ***fijar los sueldos correspondientes a cada una de las diferentes categorías ocupacionales****, pero siempre dentro del límite máximo fijado por el Gobierno Nacional".*
>
> *Conforme a lo anterior, resulta claro que en relación con el régimen salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales, la competencia de* ***los Concejos Municipales consiste en señalar las escalas de remuneración de los cargos de las dependencias oficiales del orden municipal*** *según la categoría del empleo de que se trate. Mientras que la competencia de* ***los Alcaldes consiste en fijar los emolumentos de los empleos de tales dependencias, teniendo en cuenta la escala de remuneración que ha de fijar el Concejo respectivo****.*
>
> *En síntesis, de conformidad con la facultad otorgada a los Concejos Municipales en el numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política, a dichas corporaciones únicamente les corresponde señalar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del orden territorial, es decir,* ***establecer en forma numérica y sistemática las respectivas tablas salariales por grados en las que se consigna la asignación o remuneración básica mensual para el año,*** *ello teniendo cuidado de no menoscabar la atribución propia del Alcalde de fijar los emolumentos salariales.*[7]*" – Resalta la Sala Subraya del original-.*

De lo anterior, se colige de un lado, que el Concejo Municipal no tiene facultad para establecer una "ESCALA ***MÁXIMA*** *DE REMUNERACIÓN MENSUAL", como lo previó en el encabezado de la columna de la tabla contentiva incluida en el artículo 1° del Acuerdo demandado, y de otra, que el Alcalde carece de potestad para establecer la asignación de sus funcionarios, "teniendo en cuenta*

---

[7] *Subsección B. MP. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Referencia: 15001233100020080016001. Número Interno: 2267-2015.*

[8] ***TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ.*** *Sala de Decisión No. 1. MP. Dr. Fabio Iván Afanador García. Sentencia de 12 de diciembre de 2017. Expediente: 15001-2333-000-2017-00582-00.*

la escala máxima anterior", es decir la fijada por el Concejo Municipal, pues la guía para ello, corresponde al ***límite máximo fijado por el Gobierno Nacional****. Entonces esas previsiones resultan contrarias a la Ley.*

*No obstante, la Sala considera que en virtud del principio de conservación de la norma, la disposición contenida en el artículo 1° del Acuerdo No. 007 de 04 de septiembre de 2017 es válida, salvo la expresión "****MÁXIMA****" contenida en la tabla de escala salarial y el parágrafo del mencionado artículo, previsiones que se declararán inválidas.*

En efecto revisada la tabla contenida en el artículo 1° del Acuerdo No. 07 de 04 de septiembre de 2017, se evidencia que en ella, sólo se hace mención al nivel, al grado y a la asignación correspondiente, ***no a la denominación del empleo****, frente a lo cual carecería de competencia el Concejo Municipal, así las cosas, no puede admitirse, como lo señala la demanda, que en este caso, el Concejo esté ejerciendo funciones exógenas, teniendo en cuenta las precisiones a que se ha hecho alusión en las líneas precedentes.*

Contrario a lo anterior, encuentra la Sala que al incluirse en la tabla de incremento salarial del artículo 2° del Acuerdo demandado, la columna correspondiente al ***código del empleo****, se* ***identifica plenamente su denominación****, lo cual desborda el marco competencial del Concejo, conclusión que se aviene a lo considerado por la Sala de Decisión No. 4 de este Tribunal en sentencia de 24 de octubre de 2017, dentro del expediente 15001-2333-000-2017-00562-00, oportunidad en la que sobre el particular, se dijo:*

> *"Así las cosas, y en relación con el asunto en estudio, la Sala advierte que el Concejo Municipal de Gachantivá* ***infringió su marco competencial****, pues en efecto, en el acuerdo demandado además de establecerse las escalas de remuneración de los empleados públicos municipales, dio precisión de la asignación básica, en donde a pesar de establecer los niveles o categorías (directivo, profesional, técnico y asistencia),* ***incorpora el empleo al cual se le asigna el respectivo salario****, lo que de acuerdo a los cargos planteados permite evidenciar que tal disposición* ***desborda el marco de competencias del Concejo Municipal, ya que, al fijar la asignación salarial en forma específica para cada empleo****, ha invadido* ***sin lugar a equívocos la competencia del Alcalde, quien en virtud del mandato constitucional tiene la facultad de fijar el salario de cada uno de los empleos específicos de la planta de personal de la entidad****, atendiendo a la escala de remuneración que para el efecto le corresponde establecer al Concejo Municipal.*
> *(...)*
> *Conforme a la norma en comento y tal como se ha ejemplificado en*

> *esta providencia, le corresponde al Concejo* ***diseñar el cuadro de escala de remuneración teniendo en cuenta la nomenclatura y clasificación de los empleos****, consignando allí, los grados de la asignación básica que corresponde al número de orden que indica el valor absoluto de la asignación mensual estipulada para el empleo, que tal como en efecto fue realizado en el Acuerdo 011 de 2017, no obstante,* ***no se incluye o especifica el empleo ni la asignación de cada cargo, potestativo exclusivamente del primer mandatario municipal, pues precisamente, el ordenamiento constitucional y legal****, ha diseñado con precisión un marco normativo de competencias para el desarrollo y ejecución de las atribuciones en materia administrativa, función pública y salarial para los empleados públicos del orden municipal, correspondiéndole a los Concejos Municipales precisas y separadas tareas.*[9] *-Negrilla de la Sala-.*

Conforme a lo anterior, habrá de declararse la invalidez parcial del artículo segundo del Acuerdo No. 007 de 04 de septiembre de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Mongui en tanto determinó "...las asignaciones básicas mensuales para los empleados de la administración municipal de Mongui..." competencia exclusiva del alcalde, así como de la tabla que las contiene.

- ***De la remisión del Acuerdo para revisión del Gobernador.***

Finalmente, no pasa por alto la Sala el desacato a la disposición contenida en el artículo 82 de la Ley 136 de 1994, en que incurrió el Alcalde Municipal de Mongui, puesto que no envió la copia del ***Acuerdo No. 007 de 4 de septiembre de 2017****, "Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, (...) para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución".*

Se pudo observar conforme lo indica el documento visible al folio 13 del expediente, que el ***Acuerdo No. 007 de 4 de septiembre de 2017****, fue sancionado por el Alcalde Municipal de Mongui el mismo día, por lo tanto, y conforme lo dispone la norma en comento, tenía plazo de enviar la copia del aludido acto hasta el día* ***11 de septiembre de 2017****; no obstante, en el proceso quedó acreditado que este acto administrativo fue recibido por el Gobernador del Departamento de Boyacá el día* ***21 de septiembre de 2017*** *(fl.9), es decir, habiéndose excedido el término de cinco días acuñado en el artículo 82 en comento. Por ello, se oficiará a la Procuraduría General de la Nación, para que, de considerarlo, inicie las diligencias disciplinarias del caso.*

---

[9] ***TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ.*** *Sala de Decisión No. 4. MP. Dr. José A. Fernández Osorio. Sentencia de 24 de octubre de 2017. Expediente: 15001-2333-000-2017-00652-00.*

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión No. 3, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. ***Declarar la invalidez** del artículo 1° del Acuerdo Municipal No. 007 de 4 de septiembre de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Mongui, **únicamente** en relación con la expresión "MÁXIMA" contenida en la tabla de escala salarial y la expresión "teniendo en cuenta la escala máxima anterior" contenida en el parágrafo 1° del artículo 1°, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

2. ***Declarar la invalidez** del artículo 2° del Acuerdo Municipal No. 007 de 4 de septiembre de 2017, proferido por el Concejo Municipal de Mongui, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, **únicamente**, en relación con la expresión:*

"...las asignaciones básicas mensuales para los empleados de la administración municipal de Mongui quedarán así:

CODIGO	GRADO	SALARIO 2017
NIVEL DIRECTIVO		
20	02	$2.239.007
NIVEL PROFESIONAL		
202	03	$2.219.734
219	01	$1.642.351
NIVEL ASISTENCIAL		
407	01	$1.027.141
407	02	$839.121

3. ***Comunicar** la presente providencia al Alcalde Municipal y al Presidente del Concejo del Municipio de Mongui y al Gobernador de Boyacá.*

4. *Oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que, de considerarlo, inicie las indagaciones tendientes a sancionar a Henry Arguello Rincón en calidad de Alcalde Municipal de Mongui, por el presunto desconocimiento del artículo 82 de la Ley 136 de 1994. Al oficio adjúntese copia de los folios 9 a 15 del expediente y de esta sentencia.*

5. *En firme esta providencia* ***ARCHÍVESE*** *el expediente.*

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas
Demandante: Departamento de Boyacá
Demandado: Municipio de Mongui
Expediente: 15001 2333 000 2017 00783 00
"Invalidez Acuerdo Municipal No. 007 de 4 de septiembre de 2017"

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

2017

ACCIONANTE:	ELSA MARÍA SUAREZ ORTIZ
ACCIONADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONPREMAG
REFERENCIA:	150012333000-**2017-00794-00**
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Revisado el expediente, se observa que la señora ELSA MARÍA SUAREZ ORTIZ, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 del CPACA, formuló demanda contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONPREMAG, a efectos de obtener la nulidad del acto ficto o presunto del silencio de la administración, respecto de la petición de reconocimiento de sanción moratoria radicada el 28 de octubre de 2015.

Una vez verificada la presente demanda, el Despacho advierte su falta de competencia por el factor cuantía para conocer del asunto, de conformidad con las razones que se exponen a continuación.

CONSIDERACIONES

Observa el despacho que al demandar un acto administrativo o pronunciamiento de la administración pública que negó la pretensión económica, se debe acudir a la acción propia descrita en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, que reza:

> ***"Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho.*** *Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*
>
> *Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."*

En la acción pretendida, se demanda la configuración del acto administrativo ficto o presunto por la no respuesta a la solicitud para el reconocimiento de la sanción moratoria en el retardo del pago de las cesantías, aspecto que descontextualiza la formulación de un título ejecutivo, y traslada la titularidad de la acción a la postulación del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos concretos.

El numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala:

> *"Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a este régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas. 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 3.* ***De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes".*** *(Subrayas y negritas del despacho).*

En el presente caso se advierte que no se está frente a la hipótesis de un asunto laboral en el que la regla para la competencia por el factor cuantía sería la del numeral 2 ibídem, sino que se trata de un caso muy distinto en el que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho pretende la nulidad de un acto administrativo ficto o presunto por la falta de respuesta a la solicitud del pago de la sanción moratoria, es decir, el reconocimiento económico de unos intereses ocasionados por el pago tardío de un prestación ya reconocida y cancelada; por lo que se advierte que no se está frente al reconocimiento de una prestación laboral, sino la consecuencia económica del no pago oportuno de las cesantías solicitadas, lo que equivale a la sanción moratoria.

Así las cosas, se tiene que a folios 6 y 7 del escrito de demanda, la parte actora señaló como calculo razonado de la cuantía la suma de $47.371.819.20, siendo claro que el mismo no supera los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes establecidos por la ley como parámetro para que esta Corporación conozca de este tipo de asunto.

Por lo anterior, encuentra el Despacho procedente dar aplicación al artículo 168 del CPACA, el cual ordena lo siguiente:

> ***"Artículo 168. Falta de jurisdicción o de competencia.*** *En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la*

presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión."

En consecuencia, se declarará la falta de competencia para conocer del presente asunto y se ordenará remitir el expediente al competente a la mayor brevedad posible, que para el caso son los **Juzgados Administrativos del Circuito de Tunja (Reparto).**

Por lo brevemente expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA FALTA DE COMPETENCIA, por el factor cuantía, para conocer del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por la señora **ELSA MARÍA SUAREZ ORTIZ**, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme la presente providencia, **REMITIR** el expediente al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Tunja, para que se proceda a su respectivo reparto, por ser los competentes para conocer del medio de control de la referencia, dejándose las constancias y anotaciones pertinentes en el sistema, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO

N °____De Hoy ----------
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 ENE. 2018

ACCIONANTES:	JHON RACHES BARRERA Y OTROS
ACCIONADOS:	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS
REFERENCIA:	150012333000**201700804**-00
ACCIÓN:	TUTELA

Revisado el expediente, se observa que el Consejo de Estado remitió un memorial radicado por el señor PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ DÍAZ a dicha Corporación donde indica que no se le ha dado respuesta a sus solicitudes y que tampoco conoce el devenir de la tutela que interpuso.

Al respecto, el Despacho advierte que la acción de amparo presentada por el accionante junto con otros reclusos fue fallada en primera instancia por este Tribunal el 21 de noviembre de 2017, por lo que preocupa a esta Corporación que posiblemente no haya sido notificada en debida forma a los accionantes, lo cual asimismo tendría incidencia en la oportunidad para impugnar la decisión.

Por lo tanto, se ordenará al Director del EPAMSCASCO (establecimiento de reclusión de los accionantes) que acredite que llevó a cabo la notificación de la sentencia de primera instancia a la totalidad de los actores y, en caso de que no haya cumplido dicha carga, proceda inmediatamente de conformidad. Asimismo, se ordenará a la Secretaría de esta Corporación que agregue al cuaderno copia de la comunicación remitida al aludido funcionario donde se le indicó que debía notificar el fallo en comento.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: ORDENAR al **Director del EPAMSCASCO** que, dentro del término improrrogable de **dos (2) días** contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, acredite que llevó a cabo la notificación de la sentencia de primera instancia -dictada el 21 de noviembre de 2017 por

este Tribunal- a la totalidad de los actores y, en caso de que no haya cumplido dicha carga, proceda **inmediatamente** de conformidad.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaría de esta Corporación que agregue al cuaderno copia de la comunicación remitida al Director del EPAMSCASCO donde se le indicó que debía notificar el fallo de primera instancia a los accionantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja,

Medio de Control: *Nulidad y Restablecimiento del Derecho*
Demandante: ***Mónica Valencia Charry***
Demandado: *Defensoría del Pueblo*
Expediente *15001 2333 000* ***2017 00813*** *00*

La demanda de la referencia presentada por la señora ***Mónica Valencia Charry****, contra la Defensoría del Pueblo, fue remitida a esta Corporación por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerar que, en razón del factor territorial*[1]*, el proceso es de competencia de este Tribunal.*

El objeto de la acción se contrae a que se declare la nulidad de los fallos de primera y segunda instancia proferidos en el proceso disciplinario No. 108 de 2011 (IUS 2016-172870), a través de los cuales se declaró disciplinariamente responsable a la señora Mónica Valencia Charry, por haber incurrido en la falta contemplada en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, imponiéndole sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 10 años; y de la Resolución No. 1948 de 05 de diciembre de 2016, proferida por el Defensor del Pueblo. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada a pagar los perjuicios ocasionados como consecuencia de la sanción impuesta.

Para resolver, ***se considera:***

---

[1] ***Artículo 156 de la Ley 1437 de 2011. Competencia por razón del territorio.*** *Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes reglas:*

(...)

8. *En los casos de imposición de sanciones, la competencia se determinará por el lugar donde se realizó el acto o el hecho que dio origen a la sanción.*

1. ***De la competencia para conocer de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos por medio de los cuales las autoridades públicas diferentes de la Procuraduría General de la Nación, imponen sanciones disciplinarias.***

Las reglas para la determinación de las competencias en materia contenciosa administrativa se encuentran consagradas en el Título IV del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), y para su distribución entre los diferentes Juzgados y Tribunales Administrativos del País y el Consejo de Estado, se atiende a los factores objetivo, subjetivo, territorial y ***funcional****.*

Y es precisamente este último factor -el funcional- el que permite distribuir los diferentes asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de primera y de segunda instancia entre los diferentes funcionarios judiciales, dependiendo de diferentes aspectos, tales como el nivel de autoridad o calidad del funcionario que expide el acto, la naturaleza del acto administrativo objeto de control, el tipo de sanción y ***la cuantía de las pretensiones****, entre otros.*

Encuentra el Despacho que la tesis imperante en la Sección Segunda del Consejo de Estado, es que el control de legalidad de los actos expedidos en ejercicio del poder disciplinario por las Oficinas de Control Interno o funcionarios con potestad para ello en las Ramas, Órganos y Entidades del Estado, es competencia del Tribunal Administrativo en primera instancia, de conformidad con el numeral 3º del artículo 152 del CPACA., en atención a que tal facultad es equiparable a la que ejercen los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación, aún en los casos en que la sanción implique retiro temporal o definitivo del servicio, toda vez que esta regla de competencia no atiende a la cuantía.

Lo anterior tuvo desarrollo a partir de la providencia de 29 de julio de 2013, que consideró lo siguiente:

> *"Por lo anterior,* ***la regla de competencia que se impone no es la cuantía del asunto sino la naturaleza especial del mismo como lo es el ejercicio del control disciplinario*** *del que es titular preferente la Procuraduría General dela Nación, razón por la cual, los actos administrativos que imponga el Procurador General en ejercicio de dicha potestad serán competencia, en única instancia, del Consejo de Estado y,* ***los proferidos por los funcionarios diferentes de esa entidad, serán conocidos por el Tribunal Administrativo en primera instancia sin importar la cuantía ni la clase de sanción disciplinaria****...[2]" (Resaltado adicional).*

---

[2] *Consejo de Estado, Auto de 29 de julio de 2013, Exp. No. 11001032500020130075900 (1497-2013), C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

Posición que sería reiterada, entre otros, en auto de 26 de abril de 2016, donde se consideró:

> *"Al respecto y en lo que interesa al presente asunto, ha concluido que pese a que en los artículos 149, 151, 152 y 154 ib., no existe claridad en la asignación de la competencia respecto de los actos de tal naturaleza expedidos por autoridades pertenecientes a las demás Ramas y Órganos del Poder Público distintos de la Procuraduría General de la Nación, la misma debe recaer en los Tribunales Administrativos en 1.ª instancia ya que debe equipararse a la competencia que fue asignada para el conocimiento de asuntos donde se controvierten actos disciplinarios expedidos por "los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación", aun cuando impliquen retiro temporal o definitivo del servicio, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 152 del CPACA.*
>
> (...)
>
> *Como quiera que los actos administrativos demandados no fueron expedidos por el Procurador General de la Nación, en ejercicio de las competencias propias que le otorga la Constitución y la Ley, el Consejo de Estado no es competente para conocer del presente asunto.*
>
> *En efecto y* ***dado que quien impuso la sanción disciplinaria en el fallo de primera instancia fue el Director de la Oficina de Control Disciplinario del Departamento de Norte de Santander y en segunda instancia se confirmó por parte del Gobernador del Departamento, se advierte que es el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el juez competente para asumir el caso sub judice****, de conformidad a las reglas de distribución de competencias establecidas en el* ***numeral 3 del artículo 152 ibídem y la interpretación dada a la misma por parte de esta Corporación***[3]*" (Énfasis adicional).*

Sin embargo, una nueva lectura de las reglas de competencia previstas en el la Ley 1437 de 2011, especialmente, en los artículos 149 (numeral 2º), 151 (numeral 2º), 152 (numeral 3º), 154 (numeral 2º) y 155 (numeral 3º), permitieron al alto Tribunal plantear una nueva tesis sobre la distribución de la competencia en estos asuntos disciplinarios a partir del factor objetivo (cuantía de las pretensiones), con la clasificación entre demandas contra actos administrativos disciplinarios con cuantía (destitución e inhabilidad, suspensión y multa) y demandas contra actos administrativos disciplinarios sin cuantía (amonestaciones escritas).

Lo anterior, por cuanto, para el conocimiento de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos disciplinarios, ***las normas de competencia se refieren de manera especial a la cuantía****, por ende,* ***es un factor que no se puede desconocer para efectos de distribuir la competencia entre los Juzgados y los Tribunales Administrativos****. Fue así como en providencia*

---

[3] *Consejo de Estado, auto de 26 de abril de 2016, Exp. No. 11001032500020130149200 (3797-2013), C.P. Dr. William Hernández Gómez.*

de 30 de marzo de 2017, Exp. 11001-03-25-000-2016-00674-00(2836-16), la Sala Plena de la Sección Segunda, concluyó:

> *"...la Sala recuerda que en materia disciplinaria el artículo 44 de la Ley 734 de 2002 señala las siguientes sanciones para los servidores públicos:*
>
> *1. Destitución e inhabilidad general,*
> *2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad,*
> *3. Suspensión,*
> *4. Multa, y*
> *5. Amonestación escrita.*
>
> *Asimismo, es necesario advertir que, para efectos de la competencia, de las sanciones señaladas anteriormente, la única que, en principio y por regla general, no tiene cuantía es la amonestación escrita.*
>
> ***Las demás sanciones disciplinarias sí tienen cuantía****; la multa, por cuanto es una sanción de carácter pecuniario y contiene evidentemente una suma de dinero a cargo del servidor;* ***la destitución e inhabilidad y la suspensión también tienen cuantía, consistente en los salarios y prestaciones dejados de percibir por causa de la desvinculación definitiva o temporal y por la imposibilidad de ocupar algún cargo en la función pública con posterioridad.*** *En estos casos siempre es obligación del demandante, en la demanda, estimar razonadamente el monto de esta cuantía para efectos de establecer el órgano judicial competente.*
>
> (...)
>
> *De la lectura de los artículos 149 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Sala considera que,* ***conforme con el numeral 3 del artículo 152 ibídem, las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que imponen las sanciones de i) Destitución e inhabilidad general;*** *(ii) Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad; (iii) Suspensión, o (iv) Multa,* ***expedidos por las autoridades administrativas de los diferentes órdenes, distintas de la Procuraduría General de la Nación, con una cuantía superior a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, son de competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.***
>
> *Para la Sala,* ***la disposición contenida en el numeral 3 del artículo 152 citado puede aplicarse perfectamente como una regla especial de competencia para las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se controvierten asuntos disciplinarios con una clara distinción: entre*** *(a) los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación diferentes al Procurador General de la Nación, sin atención a la cuantía, y (b)* ***los funcionarios de cualquier autoridad (todas las autoridades del orden nacional, departamental, distrital y municipal) diferentes a la Procuraduría General de la Nación, cuando la cuantía exceda de 300 SMLMV****.*
>
> (...)
>
> *...* ***Es importante precisar que esta clase de asuntos, los administrativos sancionatorios, no tiene una disposición expresa, como sí la tienen en este artículo los relativos a contratos, laborales o tributarios, entre otros****. En este sentido, y sin excluir otros asuntos, puede interpretarse como una disposición completa en materia de competencia para asuntos sancionatorios disciplinarios, así: para las sanciones disciplinarias, con cuantía, emanados de cualquier autoridad, y, sin atención a la cuantía para las sanciones disciplinarias expedidas por los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes del Procurador General de la Nación.*
>
> *La distribución de competencias precisadas anteriormente puede verse resumidas en el siguiente cuadro:*

ÓRGANO JUDICIAL	***ÚNICA INSTANCIA***	***PRIMERA INSTANCIA***
(…)	(…)	
TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS	(…)	(…) ***2.*** *Demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra* ***actos administrativos que imponen sanciones de i) Destitución e inhabilidad general;*** *(ii) Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad; (iii) Suspensión, o (iv) Multa,* ***expedidos por las autoridades de cualquier orden, distintas de la Procuraduría General de la Nación, con una cuantía superior a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.***
JUECES ADMINISTRATIVOS		*Demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra* ***actos administrativos que imponen las sanciones de i) Destitución e inhabilidad general****; (ii) Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad; (iii) Suspensión, o (iv) Multa,* ***expedidos por las autoridades de cualquier orden, distintas de la Procuraduría General de la Nación****, con* ***una cuantía que no exceda a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.***

(…)" *(Negrilla fuera de texto).*

Coherente con lo anterior, cuando se trate de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que impongan sanciones disciplinarias, con cuantía superior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, expedidos por autoridades de cualquier orden, sea Nacional, Departamental, Distrital o Municipal, conocerán los Tribunales Administrativos en primera instancia, conforme con el numeral 3º del artículo 152 del CPACA.

2. Caso concreto.

Como se dijo en precedencia la demandante persigue la nulidad de: ***i)*** *los fallos de primera y segunda instancia proferidos al interior del proceso disciplinario No. 108 de 2011, mediante los cuales se impuso y confirmó, respectivamente, sanción disciplinaria de destitución de la Defensoría del Pueblo, e inhabilidad general por el lapso de diez (10) años para desempeñar cargos públicos y* ***ii)*** *la Resolución No. 1948 de 05 de diciembre de 2016, por medio del cual el Defensor del Pueblo, resolvió retirar del servicio activo a la señora Valencia Charry, en ejecución de los fallos mencionados anteriormente -eje medular de la controversia que se plantea en sede judicial-; como consecuencia, propio de la vía subjetiva, el restablecimiento del derecho y que se le repare el daño causado.*

El artículo 157 del CPACA., señala:

> ***"Artículo 157. Competencia por razón de la cuantía.*** *Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda,* ***sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales****, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones.*
>
> *Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor.*
>
> *En las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.*
>
> ***La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella.***
>
> *Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años." (Resaltado del Despacho).*

De la normativa anteriormente citada, se deducen las siguientes reglas:

a. *Los perjuicios* ***morales no se tienen en cuenta para establecer la cuantía, salvo que sean los únicos que se reclamen****.*

b. *La cuantía se determina por el valor de las pretensiones* ***al tiempo de la demanda****, sin tomar en cuenta frutos, intereses, multas o* ***perjuicios reclamados como accesorios****,* ***que se causen con posterioridad a la presentación de aquella.***

En el acápite denominado "JURAMENTO ESTIMATORIO Y PERJUICIOS INMATERIALES" (fls. 30 a 33), ella se estima en $614.895.108 pesos M/cte., teniendo en cuenta los conceptos que se relacionan a continuación:

I. ***$481.623.408 pesos M/cte.,*** *suma que resulta de tomar la asignación básica que se dice percibía la demandante al momento del retiro del servicio ($10.702.743 -año 2016-), adicionada en un 25% por concepto de prestaciones sociales, y multiplicar este guarismo ($13.378.428 -sueldo más prestaciones-) por 36 meses, periodo que, en dicho de la activa, es el promedio de duración de un proceso ante este jurisdicción.*

II. ***$59.000.000 pesos M/cte.,*** *monto que corresponde a los honorarios del profesional del derecho que ejercerá la defensa técnica de la aquí demandante en la investigación penal que, como consecuencia de la compulsa de copias a la*

Fiscalía General de la Nación, se adelantará por los hechos que dieron origen a la sanción disciplinaria.

Se lee de la demanda:

> *"(…)*
> ***ii) Daño Emergente.***
>
> *(…)*
>
> *…se solicitará únicamente el daño emergente derivado de la compulsa de copias con destino a la Fiscalía General de la Nación que se ordenó mediante el acto administrativo cuya nulidad se pretende, lo cual supone, con absoluta seguridad, la necesidad de que la doctora sufrague los honorarios profesionales de un abogado de su confianza para ejercer la defensa correspondiente. Para tal fin, me permito allegar la cotización que fue expedida por el doctor HUGO QUINTERO BERNATE, profesional de reconocida experiencia en el área penal, quien por solicitud de la doctora Valencia Charry, asumirá su defensa judicial en lo que respecta al proceso penal que se derivará de las ilegales valoraciones efectuadas por la Defensoría del Pueblo.*
>
> *De conformidad con la cotización allegada, el daño emergente futuro se tasa en la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($50.000.000) + IVA, es decir, CINCUENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($59.500.000)" (fl. 32).*

III. ***$73.717.000 pesos M/cte.,*** *tasación de los perjuicios morales reclamados.*

De acuerdo con lo expuesto, ***no se tendrá en cuenta los perjuicios morales y el daño emergente para la estimación de la competencia por cuantía****. Ahora, tal cómo se señaló, en el acápite respectivo, se persigue el pago de los salarios dejados de percibir por la demandante, sin embargo, la liquidación que efectúa la libelista para estimar este rubro es errada, pues la misma, ha contrario de la operación aritmética plasmada en el libelo introductorio, ha debido tomar el salario devengado a la fecha de retiro -05 de diciembre de 2016[4]-, hasta la presentación de la demanda -21 de abril de 2017[5]-****en forma proporcional****, sobre la base del salario mensual, tomando como tal el valor indicado en la demanda por 4.3 meses, es decir la suma de $10.702.743.*

Para la fecha de presentación de la demanda los 300 s.m.l.m.v., corresponden a la suma de $221.315.100, en consecuencia no se alcanza la cuantía necesaria para que el proceso sea de conocimiento de este Tribunal, pues lo adeudado entre la fecha de desvinculación y la data de presentación de la demanda, asciende a la suma de ***$46.021.794.*** *La cuantía debe ser razonada, en consecuencia, no es de recibo la plasmada a folios 30 a 31 de la demanda y se atenderá a la antes precisada.*

---

[4] *Se toma la fecha de expedición de la Resolución No. 1948, por medio del cual se resolvió retirar del servicio activo a la señora Valencia Charry.*
[5] *fl. 35.*

De conformidad a lo expuesto, corresponde a los Juzgados Administrativos el conocimiento en primera instancia de este asunto, según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 155 CPACA, el cual reza:

> *"**Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia.** Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*
>
> (…)
>
> *3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

De otra parte, en cuanto a la competencia por razón del territorio (numeral 8° del artículo 156 del CPACA), encuentra el Despacho que el lugar donde la demandante cometió la presunta falta disciplinaria que dio origen a la sanción, fue en el Municipio de Sogamoso (hechos 1° y 4° -fls. 2 a 3), así que conforme lo dispone el artículo 168[6] ejusdem, se ordenará remitir el expediente al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos de la Ciudad de Sogamoso, para que proceda a su reparto ante tales despachos.

Por lo expuesto, se

Resuelve:

1. *Por Secretaría,* ***remítase*** *el expediente al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos del Municipio de Sogamoso, para que se proceda a su respectivo reparto ante los Jueces de ese circuito judicial, por ser los competentes para conocer del medio de control de la referencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*
2. ***Déjense*** *las constancias y anotaciones del caso.*
3. ***Notifíquese*** *este auto tal como lo dispone el artículo 201 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

---

[6] ***Artículo 168. falta de jurisdicción o de competencia.*** *En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión.*

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
CONSTANCIA DE NOTIFICACION POR ESTADO ELECTRONICO

El auto que antecede, de fecha _____ de dos mil diecisiete (2017), se notificó por Estado Electrónico Nro _____ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, hoy _____ siendo las 8:00 A.M.

_____
Claudia Lucia Rincón Arango
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 15 JUN 2017

DEMANDANTE:	JENNY EDITH BARRAGÁN ORTIZ
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL
REFERENCIA:	150012333000-**2017-00875**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Visto el informe secretarial y revisado el expediente, este despacho procede a resolver sobre la admisión.

I. DE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA

1. Medio de Control:

La señora **JENNY EDITH BARRAGÁN ORTIZ,** a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 del C.P.AC.A., formuló demanda contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, a efectos de obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 2080 del 5 de junio de 2017 y 2763 del 18 de junio de 2017, mediante las cuales, respectivamente, negó la solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente.

2. Presupuestos del medio de Control:

2.1. Jurisdicción:

El artículo 104 C.P.A.C.A., dispone que la Jurisdicción Contencioso Administrativa está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos: ...4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

2.2. De la Competencia:

Observamos en el caso concreto, que visible a folio 13-14, el apoderado de la parte demandante, realizó la estimación de la cuantía, en la suma de $ 40.399.749 de los 3 últimos años servidos por el causante.

De conformidad con el Art. 152 del C.P.A.C.A, para que los Tribunales Administrativos conozcan de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho – laboral, la cuantía debe exceder de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por tanto se encuentra que este Despacho sí es competente para conocer por razón de la cuantía.

Por otro lado, según el numeral 3° del artículo 156 del C.P.A.C.A, la competencia territorial se determinará por el lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios, luego este Despacho es competente para conocer de este asunto, toda vez que el lugar donde el causante de la pensión reclamada prestó por última vez sus servicios fue en la ciudad de Sogamoso (fl. 20).

2.3. De la Reclamación en Sede Administrativa:

Mediante derecho de petición presentado ante la entidad demandada, (fl. 37-46), la demandante solicitó entre otros el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; solicitud que fue contestada con la Resolución No. 2080 del 05 de junio de 2017, contra la cual procedía el recurso de reposición (fl. 50), se interpuesto el recurso de reposición y apelación, siendo resuelto el de reposición a través de la Resolución 2763 del 18 de julio de 2017 (fl. 68-71). En consecuencia, se dio cumplimiento al requisito del agotamiento de la vía gubernativa.

2.4. De la caducidad de la acción:

Se trata en este caso de la solicitud de la nulidad de los actos, por medio de los cuales se negó la solicitud de reconocimiento de una pensión de sobrevivientes y se confirmó dicha decisión, por lo que se advierte que no se configura el fenómeno de la caducidad al tenor del artículo 164 numeral 1, literal c) del C.P.A.C.A, que indica que cuando se trata de prestaciones periódicas, la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo.

2.5. De la Conciliación Prejudicial

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que establece que cuando los asuntos sean conciliables, constituirá requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial; se tiene que en el presente caso, se debate el reconocimiento de una pensión, por lo que no se exige como requisito de procedibilidad la conciliación prejudicial, por no ser un asunto transigible o negociable susceptible de conciliación.

No obstante, se evidencia que la actora agotó dicha instancia, ante la Procuraduría Judicial II para asuntos administrativos. (fls. 100)

2.6 De la legitimación para demandar:

Interpone la demanda la señora **JENNY EDITH BARRAGÁN ORTIZ,** quien actúa como madre del causante, soldado regular Cristian Santiago Pérez barragán (q.e.p.d) **(fl. 19)**, presuntamente afectada por la decisión tomada mediante los

actos administrativos que demanda, quien otorga poder a favor del abogado **JULIO CESAR GONZÁLEZ MEJÍA**, aceptado en la forma prevista en el artículo 74 del C.G.P., (fl. 17-18), por lo que se le reconocerá personería en los términos y para los fines del poder otorgado.

3. Del contenido de la demanda:

En el presente caso se cumple con lo dispuesto en el artículo 162, 163 y 166 del C.P.A.C.A, esto es, en cuanto al contenido de la demanda, la individualización de las pretensiones de la demanda.

II. DE OTRAS DETERMINACIONES

- **Sobre la notificación de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.**

De conformidad con el artículo 3° del Decreto 1365 de 2013, la notificación a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, a la que hace referencia el inciso 6 del artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 de autos admisorios de demanda y de mandamientos de pago, únicamente será procedente cuando se trate de procesos donde se encuentren involucrados intereses litigiosos de la Nación, y como en el presente asunto se DEMANDA a la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL**, se ordenará en su parte resolutiva, la notificación a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, en los términos del artículo 197 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo anteriormente expuesto la demanda resulta admisible por reunir los requisitos legales, por lo que el Despacho No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADMITIR la presente demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en primera instancia, instaurada por la señora **YENNY EDITH BARRAGÁN ORTIZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.**

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE personalmente del contenido de esta providencia al representante legal de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, de conformidad con los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales dispuesto para tal efecto por la entidad, anexando copia de esta providencia y de la demanda. Póngasele de presente que las copias de la demanda y sus anexos quedarán en la secretaría del despacho a su disposición. Hecha la notificación por secretaría remítasele de manera inmediata, y a través de servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE personalmente el contenido de esta providencia a la **AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, de conformidad con los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales dispuesto para tal efecto por la entidad, anexando copia de la presente providencia y de la demanda. Póngasele de presente que las copias de la demanda y sus anexos quedarán en la secretaría del despacho a su disposición. Hecha la notificación, por secretaría remítasele de manera inmediata, y a través de servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del presente auto.

CUARTO.- NOTIFÍQUESE personalmente el contenido de esta providencia al señor **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO** delegado ante este Despacho Judicial, de conformidad con los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales dispuesto para tal efecto por la entidad, anexando copia de la presente providencia y de la demanda.

QUINTO.- NOTIFÍQUESE del contenido de esta providencia a la demandante y a su apoderado de conformidad con el artículo 201 del C.P.A.C.A, esto es, por ESTADO y mediante mensaje de datos a quienes hayan suministrado su dirección de correo electrónico.

SEXTO: La parte actora deberá sufragar los gastos de notificación, en aplicación al artículo 171, Numeral 4 del CPACA y al Acuerdo No. PSAA16-10458 del 12 de febrero de 2016 suscrito por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa, consignando la suma de DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS ($19.200) M/CTE, que corresponde a los siguientes conceptos:

CONCEPTO	VALOR
Envió a través del servicio postal autorizado de copia de la demanda, anexos y auto admisorio a la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL**	$7.000
Envió a través del servicio postal autorizado de copia de la demanda, anexos y auto admisorio a la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO	$7.000[1]
MINISTERIO PÚBLICO	$5.200
TOTAL	$19.200

Dicho valor deberá ser consignado en la cuenta de ahorros No. **41503009030-1 del Banco Agrario a nombre de Depósitos Judiciales de gastos procesales del**

[1] *En cumplimiento a lo ordenado en el art. 199 del C.P.A.C.A, se hace necesaria cobrar los gastos para el envío a ésta entidad, a través del servicio postal autorizado, de la **copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio.** Tarifa estoblecida por el correo certificado 472.*

Tribunal Administrativo de Boyacá y acreditar su pago ante la Secretaría de la Corporación, dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia. Si al vencimiento del plazo previsto en el artículo 178 del C.P.A.C.A, no se acredita el pago de los gastos procesales, se entenderá que la demandante ha **desistido** de la demanda y se procederá de conformidad con lo establecido en el precitado artículo.

SÉPTIMO: Cumplido el numeral anterior córrase traslado de la demanda, conforme lo dispuesto en el artículo 172 del C.P.A.C.A, al (los) demandando (s), al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por el término de treinta (30) días, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 199 del C.P.A.C.A, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, comenzará a correr veinticinco (25) días después de realizada la última notificación, para efectos que **contesten la demanda** y **alleguen con esta, todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer dentro del proceso, así mismo, deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder, la omisión de éste último deber constituye FALTA DISCIPLINARIA GRAVÍSIMA** del funcionario (a) encargado del asunto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 175, parágrafo primero del C.P.A.C.A. También, deberá allegar copia auténtica de los documentos que acrediten la calidad de representante legal de la entidad o entidades demandadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 159 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: RECONOCER personería al abogado **JULIO CESAR GONZÁLEZ MEJÍA,** como apoderado de la parte demandante, en los términos y para los efectos del memorial poder conferido, y que obra a folio 17-18 del cuaderno principal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N °____De Hoy ----------

A LAS 8:00 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja 15 DIC 2017

DEMANDANTE:	ALEMAN BELLO S.A.S
DEMANDADO:	COMFABOY
REFERENCIA:	150012333000-**2017-00878**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Visto el informe secretarial que antecede, se encuentra el proceso para resolver sobre la admisión de la demanda presentada por el apoderado de la empresa ALEMAN BELLO S.A.S. contra LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE BOYACÁ "COMFABOY"

No obstante, previamente se advierte que el proceso de la referencia fue radicado el 9 de julio de 2015 (fl. 295) ante el Juzgado 2° Laboral del Circuito Judicial de Tunja, quien admitió la demanda y ordenó el impulso correspondiente (fl. 296-297). Con auto del 17 de mayo de 2016 (fl. 341) se declaró probada la excepción de falta de competencia y se ordenó remitir el expediente a los juzgados administrativos para que fuera la jurisdicción que conociera del asunto.

Sometido a reparto el expediente, le correspondió al Juzgado Primero Administrativo Oral del Tunja, quien con auto del 14 de julio de 2016, se abstuvo de avocar conocimiento y propuso conflicto negativo de jurisdicción (fl.347-350).

Siendo el competente el Consejo Superior de la Judicatura, por auto del 19 de julio de 2017, se dirimió el conflicto negativo de competencia, resolviendo asignar el conocimiento del presente asunto a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ordenándose la remisión al juzgado Primero Administrativo de Tunja (fl. 1-10 Cuad. de conflicto).

Una vez recibido el proceso al juzgado asignado, éste por auto del 26 de octubre de 2017, se abstuvo de avocar conocimiento, ordenando la remisión a esta Corporación sin que quedase plasmado en la parte resolutiva la razón de dicha remisión, ni se ordenara la adecuación del medio de control; empero, de la parte considerativa se extrae que lo es, por la cuantía determinada en la demanda, considerando que se trata

de un asunto de carácter tributario y que el valor excede de 100 smlmv para el año 2011 (fl.353-354).

Así las cosas, una vez estudiada la demanda ordinaria laboral presentada, en la cual se pretende la nulidad absoluta de la liquidación de aportes parafiscales junto con la decisión del recurso de apelación contenidas en los oficios DAS 1220-04-4325 del 15 de junio de 2011 y DAS 1220-04-3313 del 10 de julio de 2012 proferidos por la Caja de Compensación Familiar, y como consecuencia, que se declare que la entidad demandante se encuentra a paz y salvo por concepto de aportes parafiscales relacionados con la ejecución de los contratos de obra civil referenciados en la declaración y condena No. 2 (fl.1), se advierte que es necesario que la demanda sea adecuada al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de acuerdo con los presupuestos contenidos en la Ley 1437 de 2011, es decir, todos los requisitos que exige la jurisdicción administrativa para poder acudir a la misma y en consecuencia impetrar la respectiva demanda.

Para el efecto, los requisitos formales de la demanda que se deben atender, en este caso, son los previstos en el capítulo III del Título V de la Ley 1437 de 2011. En ese sentido, vale precisar que es el artículo 162 del CPACA, el que establece los requisitos de la demanda y el que dispone lo siguiente:

> *"1. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:*
>
> *1. La designación de las partes y de sus representantes.*
> *2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad (...).*
> *3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.*
> *4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.*
> *5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.*
> *6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.*
> *7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica". (negrilla fuera de texto).*

A su turno, el artículo 163 *ibídem*, concreta el deber de individualizar con toda precisión las pretensiones encaminadas a la nulidad del acto

administrativo, cuando fuere ese el caso, y el artículo 164 siguiente, establece la oportunidad para presentar la demanda, que en este caso, se interrumpe con la presentación de la demanda en la jurisdicción ordinaria.

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado

RESUELVE:

PRIMERO: ORDENAR a la parte demandante adecuar la demanda al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual contará con el término de diez (10) días a partir de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N °____De Hoy ----------
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 2017

DEMANDANTE:	SOLEDAD MÉNDEZ DE CUEVAS
DEMANDADO:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
REFERENCIA:	150012333000-**2017-00951**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Encontrándose el presente asunto para estudio de admisión, advierte el suscrito Magistrado que debe declararse impedido para avocar conocimiento del mismo, por las siguientes razones:

I. ANTECEDENTES

El 30 de noviembre de 2017, se radicó la presente demanda de nulidad y restablecimiento, que pretende que previos los trámites de un proceso ordinario, se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del 30% adicional de lo devengado por el actor por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1993 y el 02 de marzo de 2004, con ocasión de la prima prevista en el art. 14 de la Ley 4 de 1992. A título de restablecimiento, solicitó que se condene a la entidad demandada a pagar los emolumentos adeudados.

El marco jurídico para su reclamación es el art. 14 de la Ley 4ª de 1992 y *"la sentencia de 29 de abril de 2014 pronunciada por la Sección Segunda del Concejo de Estado"* [1]

II. CONSIDERACIONES

El Art. 130 del CPACA, señaló que los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos allí previstos[2] y en los casos

---

[1] *[1]El actor hace referencia al fallo proferido por el H. Consejo de Estado con radicado, 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686- 07) que señaló: "En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley [Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación. sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%."*

[2] *consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren participado en la expedición del acto enjuiciado, en la formación o celebración del contrato o en la ejecución del hecho u operación administrativa materia de la controversia.*

1. *Cuando el juez, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil,*

señalados en el Art. 150 del Código de Procedimiento Civil -hoy art. 141 del Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1º del Art. 141 del Código General del Proceso, señaló:

> *"Art. 141. Causales de recusación:*
>
> *Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso. (.. .,)"*[3]

En virtud de lo anterior, y en consideración a la calidad de Magistrado del Tribunal Administrativo de Boyacá, es claro que me asiste un interés indirecto en el proceso, como quiera que mi régimen salarial y prestacional es similar al de la demandante en el punto alegado, luego, se podría ver afectado el principio de imparcialidad que debe regir la correcta administración de justicia.

Más aún, cuando el 24 de junio de 2016, presenté demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cartagena, bajo similares pretensiones invocadas en el asunto de la referencia, la cual fue admitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar con Radicado No. 130012333000-2016-00578-00 (3641-2016), Conjuez Ponente Dr. Jorge Rodríguez, y que se encuentra actualmente en traslado de la reforma de la demanda.

Es importante precisar, que los impedimentos y las recusaciones son los mecanismos previstos en el orden jurídico para garantizar el principio de imparcialidad del funcionario judicial. Tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, y en los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Estado colombiano[3]. Sobre el particular, la Corte Constitucional precisó:

> *"Los impedimentos constituyen un mecanismo procedimental dirigido a la protección de los principios esenciales de la administración de justicia: la independencia e imparcialidad del juez, que se traducen así mismo en un derecho subjetivo de los ciudadanos, pues **una de las esferas esenciales***

---

hubieren intervenido en condición de árbitro, de parte, de tercero interesado, de apoderado, de testigo, de perito o de agente del Ministerio Público, en el proceso arbitral respecto de cuyo laudo se esté surtiendo el correspondiente recurso de anulación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

2. *Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la condición de servidores públicos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo en una de las entidades públicas que concurran al respectivo proceso en calidad de parte o de tercero interesado.*

3. *Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la calidad de asesores o contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados vinculados al proceso, o tengan la condición de representantes legales o socios mayoritarios de una de las sociedades contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados.*

[3] *Corte Constitucional, sentencia T- 080 de 2006, reiterada en auto 169 de 2009.*

> ***del debido proceso, es la posibilidad del ciudadano de acudir ante un funcionario imparcial para resolver sus controversias*** *(artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con diversas disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos, tales como los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos)*[4]. (Negrita y subraya fuera del texto).

En tal virtud, el expediente será remitido al Despacho del Magistrado del Tribunal Administrativo de Boyacá que siga en turno, para que sea resuelta la manifestación aquí propuesta.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARARSE impedido para avocar conocimiento del proceso de la referencia, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: En firme esta providencia, remítase el expediente por intermedio de la Secretaría de esta Corporación al Despacho del Magistrado que siga en turno, conforme a lo previsto en el numeral 3° del artículo 131 del C.P.A.C.A., a efectos de que se resuelva sobre lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

2017

ACCIONANTE:	JORGE EDGAR AUGUSTO DUARTE ORJUELA
ACCIONADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
REFERENCIA:	150012333000-**2017-00953-00**
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Visto el informe secretarial que antecede y revisado el expediente, se encuentra para resolver sobre la admisión de la demanda, previo los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1. Medio de Control:

El señor **JORGE EDGAR AUGUSTO DUARTE ORJUELA** y otros, a través de apoderada judicial, en ejercicio del medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de que trata el artículo 138 del C.P.A.C.A, formuló demanda contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**, a efectos de obtener la **nulidad del fallo en primera instancia proferida el 26 de junio de 2015,** por medio de la cual se declaró responsable y se impuso sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por el termino de diez (10) años, con ocasión de la investigación **No. REGI1-2015-12**; y **la nulidad del acto administrativo que contiene el fallo de Segunda Instancia proferido el 26 de abril de 2017,** en la que se confirmó la decisión inicial.

2. Presupuestos del medio de Control:

2.1. Jurisdicción:

El artículo 104 del C.P.A.C.A, dispone que la Jurisdicción Contencioso Administrativa esta instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en Leyes especiales de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al

derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

2.2. *De la Competencia:*

El numeral 3° del artículo 152 del C.P.A.C.A, dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos que se expidan en ejercicio del poder disciplinario, asignado a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación.[1]

Vale decir, que la discusión sobre la competencia cuando se trata de actos administrativos expedidos bajo el poder disciplinario, quedo zanjado en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, en providencia del Treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicado: 11100103250002016006740O (2836-2016), en la que se concluyó que las demandas interpuestas contra los actos administrativos expedidos por un funcionario de la Procuraduría General de la Nación y demás sujetos disciplinables, lo conocerán los Tribunales Administrativos en primera instancia sin atención a la cuantía y por cualquier tipo de sanción que se imponga, es decir, trátese de amonestación, multa, suspensión, destitución o inhabilidad, la segunda instancia la conocerá el Consejo de Estado[2].

2.3. *De la reclamación en sede administrativa:*

Dentro del plenario, está acreditada la reclamación en sede administrativa, mediante el recurso de apelación interpuesto contra la decisión sancionatoria del 30 de junio de 2015; solicitud que fue resuelta a través de providencia del 26 de abril de 2017, confirmando la sanción de destitución. En consecuencia, se tiene por agotado el requisito de que trata el numeral 2° del artículo 161 del C.P.C.A.

2.4. *De la caducidad:*

Se trata en este caso de la solicitud de nulidad de actos administrativos expedidos bajo el poder disciplinario, por lo que se advierte que no se configura el fenómeno de la caducidad al tenor del artículo 164 numeral 2, literal d) del C.P.A.C.A, que indica que la demanda deberá presentarse

[1] Ley 1437 de 2011. Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.
[2] Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda consejero Ponente: César Palomino Cortés. treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicado: 11100103250002016006740O (2836-2016)

dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según sea el caso. Para el *sub lite*, mediante Resolución 02193 del 12 de mayo de 2017, que ejecuto la sanción impuesta en los fallos de primera y segunda instancia, fue notificada al actor el 17 de mayo de 2017, (fl. 28 vto), por lo que termino la caducidad en principio fenecía el 17 de septiembre de la misma anualidad.

Como quiera que se acudió al requisito de procedibilidad, los términos se suspendieron, hasta que se profirió el Acta que declaro fallida la audiencia de conciliación, esto fue, entre el 15 de septiembre al 29 de noviembre de 2017. Teniendo en cuenta que la demanda, se presentó el mismo 29 de noviembre, (fl. 33) se encuentra dentro del término establecido para el efecto[3].

2.5. De la Conciliación Prejudicial

Por tratarse de un asunto de carácter disciplinario, requiere el agotamiento de la etapa de conciliación prejudicial, conforme al artículo 161 numeral 1° del C.P.A.C.A. Para el caso en concreto, dentro del plenario se encuentra acreditado.

3. Del contenido de la demanda y sus anexos:

En el presente caso se cumple con lo dispuesto en el artículo 162, 163 y 166 del C.P.A.C.A, esto es, en cuanto al contenido de la demanda, la individualización de las pretensiones y los anexos de la demanda.

4. Otras determinaciones:

4.1 Notificación Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

De conformidad con el artículo 3° del Decreto 1365 de 2013, la notificación a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, a la que hace referencia el inciso 6 del artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 de autos admisorios de demanda y de mandamientos de pago, únicamente será procedente cuando se trate de procesos donde se encuentren

---

[3] *Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*
2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:
d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales

involucrados intereses litigiosos de la Nación, y como en el presente asunto se DEMANDA a **la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**, se ordenará en su parte resolutiva, la notificación a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, en los términos del artículo 197 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente frente al reconocimiento de personería a los abogados Alejandro Aguirre Restrepo y Mario Augusto Gil, advierte el Despacho que se reconocerá personería únicamente al abogado MARIO AUGUSTO GIL, por cuanto el escrito de demanda solamente fue rubricado por éste último tal como se observa a folio 25 del expediente.

Por lo anteriormente expuesto la demanda resulta admisible por reunir los requisitos legales, por lo que el Despacho No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADMITIR la presente demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en primera instancia, instaurada por el señor **JORGE EDGAR AUGUSTO DUARTE ORJUELA** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.**

SEGUNDO.- NOTIFICAR personalmente del contenido de esta providencia al representante legal de la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL,** de conformidad con los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales dispuesto para tal efecto por la entidad, anexando copia de esta providencia y de la demanda. Póngasele de presente que las copias de la demanda y sus anexos quedarán en la secretaría del despacho a su disposición. Hecha la notificación por secretaría remítasele de manera inmediata, y a través de servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de esta providencia al señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho Judicial, de conformidad con los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales dispuesto para tal efecto por la entidad, anexando copia de la presente providencia y de la demanda.

CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de esta providencia a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales dispuesto para tal efecto por la entidad, anexando copia de la presente providencia y de la demanda. Póngasele de presente que las copias de la demanda y sus anexos quedarán en la secretaría del despacho a su disposición. Hecha la notificación, por Secretaría remítasele de manera inmediata, y a través de servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del presente auto.

QUINTO: NOTIFICAR del contenido de esta providencia al demandante y a su apoderado de conformidad con el artículo 201 del C.P.A.C.A, esto es, por ESTADO y mediante mensaje de datos a quienes hayan suministrado su dirección de correo electrónico.

SEXTO: La parte actora deberá sufragar los gastos de notificación, en aplicación al artículo 171, Numeral 4 del CPACA y al Acuerdo No. PSAA16-10458 del 12 de febrero de 2016 suscrito por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura- Sala Administrativa, consignando la suma de DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS ($19.200) M/CTE, que corresponde a los siguientes conceptos:

CONCEPTO	VALOR
Envió a través del servicio postal autorizado de copia de la demanda, anexos y auto admisorio al demandado.	$7.000
Envió a través del servicio postal autorizado de copia de la demanda, anexos y auto admisorio a la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO	$7.000[4]
MINISTERIO PÚBLICO	$5.200
TOTAL	$19.200

Dicho valor deberá ser consignado en la cuenta de ahorros No. **41503009030-1 del Banco Agrario a nombre de Depósitos Judiciales de gastos procesales del Tribunal Administrativo de Boyacá** y acreditar su pago ante la Secretaría de la Corporación, dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia. Si al vencimiento del plazo previsto en el artículo 178 del C.P.A.C.A, no se acredita el pago de

[4] En cumplimiento a lo ordenado en el art. 199 del C.P.A.C.A, se hace necesario cobrar los gastos para el envío a ésta entidad, a través del servicio postal autorizado, de la copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio. Tarifa establecida por el correo certificado 472.

los gastos procesales, se entenderá que la demandante ha **desistido** de la demanda y se procederá de conformidad con lo establecido en el precitado artículo.

SÉPTIMO: Cumplido lo establecido en el numeral sexto, se ordena correr traslado de la demanda, conforme lo dispuesto en el artículo 172 del C.P.A.C.A, al (los) demandando (s), al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por el término de treinta (30) días, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, comenzará a correr veinticinco (25) días después de realizada la última notificación, para efectos que dentro de dicho término **contesten la demanda y allegue con esta todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer dentro del proceso, así mismo, deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder, la omisión de éste último deber constituye FALTA DISCIPLINARIA GRAVÍSIMA** del funcionario (a) encargado del asunto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 175, parágrafo primero del C.P.A.C.A. También, deberá allegar copia auténtica de los documentos que acrediten la calidad de representante legal de la entidad o entidades demandadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 159 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Reconocer personería al abogado **Mario Augusto Gil,** identificado con la cedula de ciudadanía No. 10.024.380 de Pereira y portador de la Tarjeta Profesional No. 200.699 del C. S. de la J, de conformidad con el artículo 74 de C.G.P y en los términos y para los fines del poder otorgado (fl. 26).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N °____De Hoy ----------
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja,

DEMANDANTE:	JULIO ALBERTO TORRES MONTAÑEZ
DEMANDADO:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
REFERENCIA:	150012333000-**2017-00954**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Encontrándose el presente asunto para estudio de admisión, advierte el suscrito Magistrado que debe declararse impedido para avocar conocimiento del mismo, por las siguientes razones:

I. ANTECEDENTES

El 29 de noviembre de 2017 (fl. 16), el Doctor JULIO ALBERTO TORRES MONTAÑEZ, a través de apoderado, radicó la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la que pretende que se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual le fue negado el reconocimiento y pago del 30% adicional de lo devengado por el periodo que ha laborado como Juez de la República, con ocasión de la prima especial de servicios prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a pagar los emolumentos adeudados.

El marco jurídico para su reclamación es el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y "*la sentencia de 29 de abril de 2014, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado*[1]".

II. CONSIDERACIONES

El artículo 130 del CPACA, establece que los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables en los casos allí previstos y en los señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil -hoy artículo 141 del Código General del Proceso-.

---

[1] *La demandante hace referencia al fallo proferido por el H. Consejo de Estado con radicado, 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07) que señaló: "En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley [Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación], sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%."*

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 141 del CGP, señala:

> ***"Artículo 141. Causales de recusación:***
> *1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso. (...)"* (Subraya fuera del texto original).

En virtud de lo anterior, y en consideración a la calidad de Magistrado del Tribunal Administrativo de Boyacá, es claro que me asiste un interés indirecto en el proceso, como quiera que mi régimen salarial y prestacional es similar al del demandante en el punto alegado, luego, se podría ver afectado el principio de imparcialidad que debe regir la correcta administración de justicia.

Más aún, cuando el 24 de junio de 2016, presenté demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cartagena, bajo similares pretensiones invocadas en el asunto de la referencia, la cual fue admitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar con Radicado No. 130012333000-2016-00578-00 (3641-2016), Conjuez Ponente Dr. Jorge Rodríguez, y que se encuentra actualmente en traslado de la reforma de la demanda, situación por la cual se configura de mi parte un interés directo en este caso.

Es importante precisar, que los impedimentos y las recusaciones son los mecanismos previstos en el orden jurídico para garantizar el principio de imparcialidad del funcionario judicial. Tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, y en los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Estado colombiano[2]. Sobre el particular, la Corte Constitucional precisó:

> *"Los impedimentos constituyen un mecanismo procedimental dirigido a la protección de los principios esenciales de la administración de justicia: la independencia e imparcialidad del juez, que se traducen así mismo en un derecho subjetivo de los ciudadanos, pues **una de las esferas esenciales del debido proceso, es la posibilidad del ciudadano de acudir ante un funcionario imparcial para resolver sus controversias** (artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con diversas disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos, tales como los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos)*[3]. (Negrita y subraya fuera del texto).

En tal virtud, el expediente será remitido al Despacho del Magistrado del Tribunal Administrativo de Boyacá que siga en turno, para que sea resuelta la manifestación aquí propuesta.

En mérito de lo expuesto,

---

[2] *Corte Constitucional, sentencia T- 080 de 2006, reiterada en auto 169 de 2009.*
[3] *Carte Constitucianal, sentencias T-176 de 2008.*

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARARSE impedido para avocar conocimiento del proceso de la referencia, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: En firme esta providencia, remítase el expediente por intermedio de la Secretaría de esta Corporación al Despacho del Magistrado que siga en turno, conforme a lo previsto en el numeral 3° del artículo 131 del C.P.A.C.A., a efectos de que se resuelva sobre lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 2017

DEMANDANTE:	EXIMIO DE JESÚS MONGUÍ ESTUPIÑÁN
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
REFERENCIA:	150012333000-**2017-00955**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Atendiendo el informe secretarial que antecede y revisado el expediente, se encuentra para resolver sobre la admisión del medio de control de la referencia.

I. ADMISIÓN DE LA DEMANDA

1. Medio de Control

El señor **EXIMIO DE JESÚS MONGUÍ ESTUPIÑÁN**, a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de que trata el artículo 138 del C.P.A.C.A., formuló demanda contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a efectos de obtener la nulidad de las Resoluciones No. GNR 344110 de 18 de noviembre de 2016, No. GNR 384301 de 19 de diciembre del mismo año y No. VPB 3127 de 25 de enero de 2017, por medio de las cuales la entidad demandada ordenó la reliquidación de la pensión de vejez del actor y resolvió los recursos de reposición y apelación interpuestos contra el primer acto administrativo mencionado, respectivamente.

2. Presupuestos del medio de Control

2.1. Jurisdicción

El artículo 104 del C.P.A.C.A., dispone que la Jurisdicción Contencioso Administrativa está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos: *(...) 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.*

2.2. De la Competencia

El numeral 2º del artículo 152 del C.P.A.C.A., dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los procesos de nulidad y

restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) S.M.M.L.V. Así mismo, el artículo 157 del C.P.A.C.A., señala cómo se determina la cuantía.

En este caso, la demanda fue presentada el 29 de noviembre de 2017 (fl. 15vto.), estimando el apoderado la cuantía en la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA Y TRES PESOS ($58.658.153) (fls. 13-14).

Según el numeral 3° del artículo 156 del CPACA, la competencia territorial se determinará por el lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios, luego este Despacho es competente para conocer de este asunto, toda vez que según se consignó en libelo inicial, el demandante desempeñó el cargo de Chofer Mecánico en el Departamento de Boyacá (fl. 3).

2.3. De la reclamación en sede administrativa

Se dispone el demandante a solicitar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. GNR 344110 de 18 de noviembre de 2016**, por medio de la cual COLPENSIONES reliquidó la pensión de vejez del demandante.

- **Resolución No. GNR 384301 de 19 de diciembre de 2016**, mediante la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra el acto anterior, confirmándolo en su integridad, y se concede ante el superior el recurso de apelación.

- **Resolución No. VPB 3127 de 25 de enero de 2017**, a través de la cual se resuelve el recurso de apelación.

Frente al primer acto demandado, la administración indicó que contra el mismo procedían los recursos de reposición y/o apelación, los cuales fueron interpuestos oportunamente por el demandante y desatados a través del segundo y tercer acto administrativo antes mencionado, respectivamente.

En consecuencia, se tiene por agotado el requisito de que trata el numeral 2° del artículo 161 del CPACA.

2.4. De la caducidad de la acción

Se trata en este caso de la solicitud de la nulidad de las **Resoluciones i) No. GNR 344110 de 18 de noviembre de 2016; ii) No. GNR 384301 de 19 de diciembre del mismo año; y iii) No. VPB 3127 de 25 de enero de 2017**, por medio de las cuales le fue reliquidada la pensión de vejez al demandante, pero sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales por él devengados en el último año de servicio.

En ese sentido, dichos actos administrativos, por reliquidar una prestación periódica, y por resolver recursos en torno al mismo tema, el Despacho considera oportuna la acción, de conformidad con el numeral 1, literal c) del artículo 164 del C.P.A.C.A.

2.5. De la Conciliación Prejudicial

Por tratarse de un asunto de reconocimiento de derechos laborales, no requiere el agotamiento de la etapa de conciliación extrajudicial; motivo por el cual no se considera necesario dar cumplimiento al requisito de procedibilidad del numeral 1° del artículo 161 del CPACA.

2.6. De la legitimación para demandar y la representación judicial

Visible a folio 1 del expediente, se observa memorial de poder conferido por el demandante al abogado **OMAR ANDRÉS MORALES RINCÓN**, el cual reúne los requisitos del art. 74 y ss del C.G.P., por lo que es procedente reconocerle personería para actuar.

3. Del contenido de la demanda y sus anexos

En el presente caso se cumple con lo dispuesto en los artículos 162, 163 y 166 del C.P.A.C.A., esto es, en cuanto al contenido de la demanda, la individualización de las pretensiones y los anexos de la demanda.

4. Otras determinaciones

4.1. Notificación Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado

De conformidad con el artículo 3° del Decreto 1365 de 2013, la notificación a la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, a la que hace referencia el inciso 6 del artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 de autos admisorios de demanda y de mandamientos de pago, únicamente será procedente cuando se trate de procesos donde se encuentren involucrados intereses litigiosos del Estado, y como en el presente asunto se DEMANDA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se ordenará en su parte resolutiva, la notificación a la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, en los términos del artículo 197 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo anteriormente expuesto, la demanda resulta admisible por reunir los requisitos legales, en consecuencia, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en primera instancia, formulado por el señor **EXIMIO DE JESÚS MONGUÍ ESTUPIÑÁN**, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente del contenido de esta providencia al representante legal de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, de conformidad con los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales dispuesto para tal efecto por la entidad, anexando copia de la presente providencia y de la demanda. Póngasele de presente que las copias de la demanda y sus anexos, quedarán en la Secretaría del Despacho a su disposición. Hecha la notificación, por Secretaría remítasele de manera inmediata y a través de servicio postal autorizado copia de la demanda, de sus anexos y del presente auto.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de esta providencia al señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho Judicial, de conformidad con los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales dispuesto para tal efecto por la entidad, anexando copia de la presente providencia y de la demanda.

CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de esta providencia a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales dispuesto para tal efecto por la entidad, anexando copia de la presente providencia y de la demanda. Póngasele de presente que las copias de la demanda y sus anexos, quedarán en la Secretaría del Despacho a su disposición. Hecha la notificación, por Secretaría remítasele de manera inmediata y a través de servicio postal autorizado copia de la demanda, de sus anexos y del presente auto.

QUINTO: NOTIFICAR del contenido de esta providencia al demandante y a su apoderado, de conformidad con el artículo 201 del C.P.A.C.A., esto es, por ESTADO.

SEXTO: De conformidad con el numeral 4° del artículo 171 del C.P.A.C.A., y en cumplimiento al literal a, numeral 2, artículo 1° del Acuerdo No. PSAA16-10458 del 12 de febrero de 2016, **la parte actora deberá sufragar los gastos de notificación**, consignando la suma de DOCE MIL DOSCIENTOS PESOS ($12.200.oo) M/CTE, que corresponde a los siguientes conceptos:

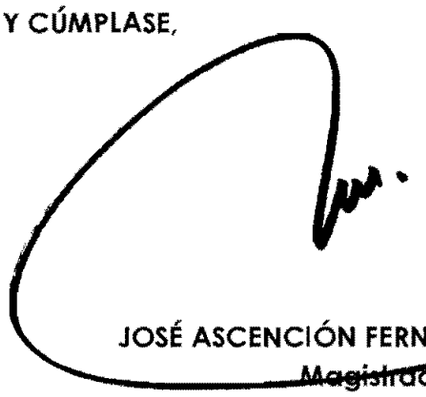
CONCEPTO	**VALOR**
Envío a través del servicio postal autorizado de copia de la demanda, anexos, y auto admisorio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**	$7.000
Envío a través del servicio postal autorizado de copia de la demanda, anexos, y auto admisorio al **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DELEGADO ANTE ESTE DESPACHO JUDICIAL**	$5.200
TOTAL	**$12.200**

Dicho valor deberá ser consignado en la **cuenta No. 41503009030-1 del Banco Agrario a nombre de Depósitos Judiciales de gastos procesales del Tribunal Administrativo de Boyacá** y acreditar su pago ante la Secretaría de esta Corporación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente auto. Si al vencimiento del plazo previsto en el artículo 178 del C.P.A.C.A., no se acredita el pago de los gastos procesales, se entenderá que el demandante ha desistido de la demanda y se procederá de conformidad con lo establecido en el precitado artículo.

SÉPTIMO: Cumplido lo indicado en el numeral anterior, córrase traslado de la demanda, conforme lo dispuesto en el artículo 172 del C.P.A.C.A, a la entidad demandada y al Ministerio Público, por el término de treinta (30) días, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, comenzará a correr veinticinco (25) días después de realizada la última notificación, para que **contesten la demanda y alleguen con esta todas las pruebas que tengan en su poder y que pretendan hacer valer dentro del proceso, (que para el caso en cuestión, están relacionadas con la certificación de los factores salariales devengados por el demandante, indicando claramente cuáles conceptos, valor y fundamentos normativos del pago), así mismo, deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder, la omisión de éste último deber constituye FALTA DISCIPLINARIA GRAVÍSIMA** del funcionario (a) encargado del asunto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 175, parágrafo primero del C.P.A.C.A. También, deberán allegar copia auténtica de los documentos que acrediten la calidad de representante legal de la entidad demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 159 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: RECONOCER personería al abogado **OMAR ANDRÉS MORALES RINCÓN**, como apoderado judicial del demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido y que obra a folio 1 del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVD DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N °____De Hoy _____

A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 2017

Demandante: Fabio Rodrigo Peña Russi
Demandado: Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Tunja
*Expediente: 15001-2333-000-**2017-00961**-00*
Medio de control: ***Nulidad y Restablecimiento del Derecho.***

Se encuentra el proceso para resolver sobre la admisión de la demanda presentada en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, por la señor ***Fabio Rodrigo Peña Russi,*** *contra la Rama Judicial.*

El objeto del asunto de la referencia se contrae a que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio ***DESTJ17-1378 de 01 de junio de 2017****, proferido por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Tunja (fls. 21-22) y el acto administrativo ficto o presunto que se configuró por el silencio que guardó la demandada al no resolver el recurso de apelación formulado y, como consecuencia denegó la solicitud (fls. 24-26), relativa* ***al pago de la diferencia entre el valor salarial mensual percibido*** *y el que, en su parecer, debió devengar con base en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y la sentencia de 29 de abril de 2014, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.*

A título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la demandada a pagar la diferencia equivalente al 30% por el período comprendido entre el ***15 de enero de 2011 a la fecha*** *(fl. 3), entre el salario devengado y el que debió devengar, así como* ***la diferencia por el pago de prestaciones sociales y cesantías que percibía el demandante.***

En el acápite denominado "ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA" (fls. 14-15), la parte demandante consideró que equivalía a $96.100.547.23 suma a la que arribó luego de efectuar el cálculo de la sumatoria del 30% de la asignación básica debida con su indexación.

El Despacho advierte que la cuantía, como elemento determinante para fijar la competencia funcional en el sub lite, debe analizarse razonablemente de manera directa con las pretensiones de la demanda, ya que ésta no constituye un presupuesto que pueda ser precisado de ***manera arbitraria o caprichosa por el***

***demandante**, sino que debe ser determinado de manera razonada al momento de la presentación de la demanda, de conformidad con los criterios que para tal efecto establece el artículo 157 del C.P.A.C.A.*

*Para determinar la cuantía, el artículo 157 del CPACA, establece que en los eventos en los que "se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto **desde que se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años**" (Resaltado fuera de texto original)*

*Es decir que la regla que allí se contempla para los casos como el que convoca el presente estudio, impone la obligación de estimar la cuantía de la pretensión **desde la fecha que se causó el derecho**, esto es desde el 15 de enero de 2011, sin que exceda tres (3) años. Ahora bien, la alusión que hace la norma "hasta la presentación de la demanda" debe entenderse exclusivamente para aquellos eventos en los que se causó el derecho y a la fecha de acudir a la jurisdicción, no han trascurrido **más** de tres (3) años, circunstancia que no ocurrió en el caso que convoca el presente estudio.*

Esta hermenéutica se compadece con el objeto de la Ley 1437 de 2011, consistente en lograr una justicia oportuna contrarrestando la congestión que constituye un hecho notorio en el caso de la jurisdicción contencioso administrativa. De forma que, desde la óptica teleológica, resulta mucho más eficiente que los procesos se repartan entre jueces y tribunales que, sin duda, conforman un mayor número de despachos judiciales para atender la resolución del caso.

En efecto, en la exposición de motivos de la Ley 1437 de 2011, se lee:

> *"Cambios en la estructura organizacional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en la distribución de competencias en los diferentes niveles jurisdiccionales*
>
> *Como se observa, el contexto de la jurisdicción contencioso-administrativa ha cambiado considerablemente, pero es en los últimos tres años cuando aparecen nuevos elementos que están haciendo evolucionar la estructura organizacional y el funcionamiento de esta justicia especializada.*
>
> *Desde sus inicios en 1914, la jurisdicción contencioso-administrativa estuvo conformada por dos niveles jerárquicos de órganos colegiados, los tribunales administrativos de primera instancia y el Consejo de Estado, que actúa como juez de segunda instancia y máximo tribunal de lo contencioso-administrativo. Esta estructura de dos niveles fue modificada en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en la cual se creó un tercer nivel de decisión como primera instancia, no colegiada, sino unipersonal, constituida por los juzgados*

administrativos que iniciaron operaciones tan solo diez años después. Fue en la Ley 446 de 1998, modificatoria del Código Contencioso Administrativo, donde se asignaron competencias a los jueces administrativos y se aumentaron las cuantías para efecto de los recursos de apelación, y aunque esa ley se expidió como una norma de descongestión, se suspendieron sus efectos y por tanto, la atribución de competencias se hizo inaplicable, continuando entonces con la aplicación de las cuantías establecidas en el Código Contencioso-Administrativo.

Posteriormente, aparece la Ley 954 de 2005, en la cual se readecúan las competencias de la Ley 446 y se hacen efectivas las cuantías suspendidas, a pesar de no estar en funcionamiento los jueces administrativos. Al aplicar las nuevas cuantías a los procesos que venían en curso, los negocios que debían corresponder a los jueces administrativos se concentraron en los Tribunales. Es decir, los Tribunales Administrativos continuaron asumiendo las competencias de los jueces administrativos, sin embargo, una gran parte de los procesos al haberse aumentado significativamente las cuantías para recurrir en apelación, se convirtieron, de hecho, en procesos de única instancia, disminuyendo de esta manera el volumen de procesos en algunas secciones del Consejo de Estado.

El 1º de agosto de 2006 entraron en operación 257 juzgados administrativos distribuidos en todo el país. La puesta en marcha de dichos juzgados después de más de 90 años de existencia de la jurisdicción, implica, por una parte, la conformación de una estructura piramidal de tres niveles y, por otra, un cambio cualitativo en la toma de las decisiones, al pasar de una decisión colegiada a una unipersonal. Estos cambios, aunque era urgente y necesario realizarlos, plantean la necesidad de incluir en la reforma al Código, la redefinición del papel que debe cumplir el Consejo de Estado como máximo tribunal de lo contencioso-administrativo en la nueva estructura, *y determinar los mecanismos y recursos legales para unificar la jurisprudencia que dicten los tribunales administrativos con el propósito de evitar el fenómeno que algunos han denominado federalización de la jurisprudencia. (...)"*[1] *(Resaltado fuera de texto original)*

De esta manera, el despacho encuentra que para efectos exclusivos de ***estimar la cuantía****, debe tenerse en cuenta el valor de lo que se pretenda desde la fecha de causación del derecho acaecida en enero de 2011, sin exceder tres (3) años, esto es,* ***hasta*** *diciembre de 2013. Hermenéutica que, como se explicó, se compadece con la inspiración del nuevo estatuto procesal: la decisión oportuna de los conflictos que se someten al conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la redefinición de competencias atendiendo la estructura jerárquica de tres (3) niveles, con el objeto de reducir los procesos que conoce en segunda instancia el Consejo de Estado pero, fortaleciendo sus funciones y atribuciones como Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.*

Por otra parte, el tenor literal del artículo 157 del CPACA, no prevé para efectos de determinar la cuantía la indexación de las pretensiones de la demanda, ya que ello únicamente procede cuando se profiere sentencia condenatoria según el último inciso del artículo 187 ibídem así:

---

[1] http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11566&p_numero=1998&p_consec=21362

> *"Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor."*

En consecuencia, incluir esta suma a efecto de calcular la cuantía del proceso, desconocería la disposición legal.

En estas condiciones, si se calcula la cuantía con el 30% de la asignación básica mensual debida respecto de los años 2011 a 2013 que correspondería a la suma de ***$36.785.604***[2] *(fl. 15), el guarismo que no alcanza a los 50 salarios mínimos legales vigentes para atribuir competencia a esta Corporación*[3].

Sobre el particular, el artículo 152 ibídem señala lo siguiente:

> ***"Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.*** *Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*
> (...)
> *2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad,* ***cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes."*** *(Resaltado fuera del texto original).*

De conformidad a lo expuesto, corresponde a los Juzgados Administrativos el conocimiento en primera instancia de este asunto, según lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 155 CPACA, el cual reza:

> ***"Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia.*** *Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:*
>
> (...)
> *2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad,* ***cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes*** *(Resaltado fuera del texto original).*

---

[2] *La cuantía asciende a la suma de nueve millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil doscientos ochenta y ocho pesos ($9.884.288) con el cálculo del 30% de la asignación básica mensual dejada de pagar sin incluir el valor indexado. Valor que se obtuvo de sumar los valores reportados por el demandante en la columna que denominó "Acumulado anual" para los años 2011, 2012 y 2013, conforme a la tabla vista a folios 15 del expediente, suma que como se dijo no puede ser indexada para efectos del cálculo de la cuantía conforme a lo previsto en el inciso 4° del artículo 157 del CPACA.*

[3] *De conformidad con el Decreto 2209 de 30 de diciembre de 2016, el salario mínimo para el año 2017 es de $737.717. Entonces, 50 salarios mínimos en el año 2017 equivalen a* ***$36.885.850.***

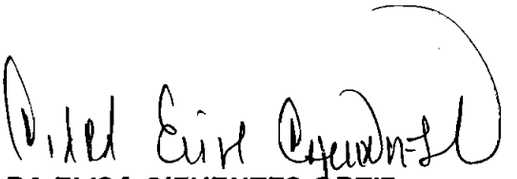
De otra parte, en cuanto a la competencia por razón del territorio[4], encuentra el Despacho que conforme al hecho primero del escrito de la demanda visto a folio 4, la demandante labora actualmente como Juez Promiscuo de Sotaquirá, así que conforme lo dispone el artículo 168[5] ejusdem, se ordenará remitir el expediente al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos de la ciudad de Tunja, circuito al que pertenece el Municipio de Sotaquirá según Acuerdo No. PSAA06-3578 DE 28 de agosto de 2006, para que proceda a su reparto ante tales despachos.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

1. *Por Secretaría,* ***remítase*** *el expediente al Centro de Servicios de los* ***Juzgados Administrativos de la Ciudad de Tunja****, para reparto entre los despachos adscritos al sistema oral.*
2. ***Déjense*** *las constancias y anotaciones del caso.*
3. ***Notifíquese*** *este auto tal como lo dispone el artículo 201 del CPACA.*

Notifíquese y Cúmplase



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
CONSTANCIA DE NOTIFICACION POR ESTADO ELECTRONICO

El auto que antecede, de fecha de dos mil diecisiete (2017), se notificó por Estado Electrónico Nro. ____ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[4] *Numeral 3° del artículo 156 del CPACA.*
[5] ***Artículo 168. falta de jurisdicción o de competencia.*** *En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión.*

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

Medio de Control: **Repetición**
Demandante: **Municipio de Duitama**
Demandado: **Gustavo Alfredo Cano Riaño**
Expediente : **15693-33-33-001-2012-00178-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de agosto de 2016, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre a través del medio de control de repetición, según lo indica el artículo 142 del C.P.A.C.A., con el fin de que se declare civil y administrativamente responsable al señor GUSTAVO ALFREDO CANO RIAÑO, por los perjuicios económicos causados al Municipio de Duitama, con ocasión de la condena judicial de que fue objeto en sentencia proferida el 22 de octubre de 2010, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2002-3783, por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Rosa de Viterbo y confirmada por Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá el 23 de noviembre de 2011.

Así mismo, pidió que se declare que el señor GUSTAVO ALFREDO CANO RIAÑO obró bajo los alcances de la figura de culpa grave y/o dolo, desatendiendo mandatos reglamentarios legales y constitucionales, al hacer efectivos actos administrativos contrarios a la ley, vulnerando manifiesta e

inexcusablemente las normas de derecho y omitiendo las formas sustanciales para la validez de los actos administrativos, al extralimitar sus funciones y motivar falsamente el acto administrativo contenido en el Decreto 122 de 1 de agosto de 2002, por el cual se suprimió el cargo que venía desempeñando la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO.

Finalmente, solicitó que se condene al señor GUSTAVO ALFREDO CANO RIAÑO a pagar por acción de repetición, a favor del Municipio de Duitama, la suma de $275.188.926.oo, que la condena respectiva sea ajustada tomando como base el IPC, en consonancia con el inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y que se condene en costas al demandado.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que el señor GUSTAVO ALFREDO CANO RIAÑO, en ese entonces alcalde del Municipio de Duitama, motivó falsamente el Decreto 122 de 1 de agosto de 2002, por el cual suprimió el cargo de Profesional Universitario que venía desempeñando la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO. En tal sentido, aseveró que el demandado obró a título de culpa grave y/o dolo, haciendo efectivos actos administrativos contrarios a la ley, con violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho y omisión de las formas sustanciales para la validez de los actos administrativos, concretados al no realizar el estudio previo a la supresión del cargo de la señora RINCÓN BERDUGO, causando con ello un perjuicio económico grave a la administración, por el cual debe responder por mandato del artículo 90 de la Constitución Política.

Así mismo, señaló el deber de reparar el daño por parte del demandado, dado que la acción la generó en calidad de agente de la Administración y en ejercicio de un servicio público, existiendo un nexo causal como corolario de la responsabilidad de los demandados, encontrando demostrado el

cumplimiento de los requisitos previstos por la ley y la jurisprudencia para que prospere la acción de repetición.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2012 (fls. 140-141), en el que además se ordenó notificarla a la entidad accionada y al agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en el artículo 200 del C.P.A.C.A.

1. -Contestación de la demanda

El apoderado del demandado contestó la demanda (fls. 148-157), oponiéndose a cada una de las declaraciones y condenas, alegando que no existió culpa grave o dolo, elemento fundamental de la responsabilidad subjetiva y que supuestamente originó la condena al ente territorial.

Señaló que más allá de los requisitos establecidos por la ley y la jurisprudencia para aceptar y declarar la responsabilidad frente a una acción de repetición, tratándose de una acción de tipo civil, es necesario referirse a la antijuridicidad del daño, concepto relacionado con un defecto de conducta del sujeto que ejecutó la acción, diferente de la responsabilidad objetiva, en donde el defecto de acción u omisión del sujeto no determina la responsabilidad sino la naturaleza del daño.

En tal sentido, aseguró que la calificación de la conducta del agente como culpable y/o dolosa, hecha por el demandante, obedece a una observación material basada en el concepto emitido por el juez dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que generó el pago que se reclama, y que no obstante el fallador calificó la conducta por no haberse probado la

existencia de estudios técnicos previos para reformar la planta de personal, lo cual dio origen a la terminación del nombramiento de la entonces demandante, lo que en este caso se produjo fue una supresión de cargos como consecuencia del traslado de funciones de la Secretaría de Salud de Duitama a la ESE Salud del Tundama, para dar cumplimiento a la Ley 715 de 2001, para lo cual no existe norma que exija estudio previo.

Por otra parte, aseveró que el referido fallo se contradice al declarar la nulidad parcial del acto de terminación del nombramiento y al mismo declararse inhibido para pronunciarse sobre el Decreto 121 de 1 de agosto de 2002, por el cual se suprimió el cargo de la trabajadora, lo cual implica que este último quedó incólume.

Indicó que la actuación del demandado no está fundada en razones gubernamentales ni en su propia discrecionalidad, sino en el ordenamiento orgánico legal de la Ley 715 de 2001, que define las competencias en materia de servicios de salud y educación a nivel central y territorial, a partir de lo cual al Municipio de Duitama le fue retirada la facultad de prestación directa de los servicios asistenciales de salud, quedando a su cargo solo funciones administrativas para la promoción en salud y la prevención de enfermedades.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó inexistencia de los requisitos legales de la acción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 1 de agosto de 2013 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del C.P.A.C.A (fl. 168).

Evacuadas las etapas previstas en la audiencia inicial celebrada el 10 de diciembre de 2013, el *a quo,* no advirtiendo la existencia de causal de nulidad, resolvió las excepciones propuestas, fijó el litigio y decretó las pruebas del caso (fls. 172-174).

3. Audiencia de pruebas

El 18 de marzo de 2014 (fl. 232) se realizó la audiencia de pruebas, oportunidad en la que fueron incorporadas las pruebas decretadas en la audiencia inicial y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

4. Alegatos de conclusión

Parte demandante (fls. 241-244)

Estimó configurados los requisitos para la prosperidad de las pretensiones, a saber, la existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública, el pago realizado por la administración en virtud de la orden judicial, la calidad de agente del Estado del demandado y su conducta como determinante de la condena, y la calificación de la conducta del agente como dolosa o gravemente culposa. Al respecto de este último, señaló que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 no establecen indicadores de un hecho desconocido configurativo de responsabilidad, sino que consagran directamente una serie de casos que configuran el dolo o la culpa grave.

Por otra parte, señaló que si bien de acuerdo con las funciones asignadas a los alcaldes en el artículo 315 de la Constitución Política, el demandante tenía la facultad para suprimir los empleos al interior de la Secretaría de Salud Municipal, los procesos de reforma de planta de personal con supresión de cargos en las entidades del Estado deben motivarse expresamente y fundarse

en necesidades del servicio o de modernización de las mismas, siempre soportados en estudios técnicos que así los demuestren, de modo que la omisión de este último procedimiento por parte del demandado enmarca su conducta gravemente culposa, a la luz del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, lo que llevó al ente territorial a responder por el actuar negligente del exalcalde.

Parte demandada (fls. 234-240)

Indicó que si bien conforme la Ley 715 de 2001 no existen funciones del servicio asistencial en salud que deban prestar los municipios, el exalcalde, para dar cumplimiento a esa misma disposición, decidió poner en funcionamiento la ESE Salud del Tundama, creando los respectivos cargos, consecuencia de lo cual quedaron sobrando los cargos equivalentes de la Secretaría de Salud. Que por tal razón el demandado expidió el Decreto 121 de 1 de agosto de 2002, suprimiendo los cargos no requeridos en la Secretaría de Salud, y, consecuentemente, el Decreto 122 de la misma fecha, dando por terminados los nombramientos de quienes ocupaban dichos cargos. Agregó que en el caso de la señora ANA MERCEDES RINCÓN, se le pagó la debida indemnización, ya que no se había creado un cargo equivalente o de funciones similares al que venía ocupando en la Secretaría de Salud, no siendo posible nombrarla en la ESE ni en ninguna otra dependencia del Municipio.

De otro lado, manifestó que los argumentos esgrimidos en la sentencia que ordenó el reintegro de la trabajadora son contrarios a la realidad, al considerar que se debía aplicar el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, lo cual procede cuando se trata de reformar plantas de personal, mientras que en el caso particular lo que ocurrió fue el traslado de la prestación de los servicios asistenciales de salud del Municipio a la ESE Salud del Tundama por imposición de la Ley 715, con lo que solo puede aplicarse el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, tal como procedió a hacerlo el demandado en su actuación.

Adicionalmente, dijo que si bien el demandante alega haber efectuado el pago de la condena, allegando una certificación expedida por la Tesorería Municipal, no existe un recibo o paz y salvo que demuestre el pago efectivo a favor del beneficiario, debiéndose declarar la inexistencia de dicho requisito.

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante fallo proferido el 24 de agosto de 2016 (fls. 249-254), negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Luego de contraer el asunto a la demostración de los supuestos que conforme la Constitución Nacional y las leyes 678 de 2001 y 1437 de 2011 constituyen la prosperidad de la pretensión de repetición, señaló que se encuentra plenamente acreditado el pago realizado por el Municipio de Duitama con el propósito de resarcir un daño antijurídico sufrido por un tercero, ya que la certificación expedida por el tesorero municipal y los soportes que la acompañan prueban que la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO recibió, mediante transferencia electrónica realizada por el Municipio, la suma de $213.319.662.oo, respecto de lo cual obra comprobante de egreso No. 2012001575 de 14 de junio de 2012, del mismo modo que fueron pagados los valores correspondientes a sus aportes en salud y pensión, con lo que no es cierto que no aparezca demostrado el pago de la condena judicial, menos si se tiene en cuenta que no existe un sistema tarifario para probar dicha circunstancia.

En el mismo sentido, indicó que las sumas pagadas por el Municipio fueron consecuencia de la condena impuesta por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Rosa mediante sentencia de 22 de octubre de 2010, confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en fallo de 23 de noviembre de 2011, con miras a resarcir el daño antijurídico sufrido por la señora ANA MERCEDES

RINCÓN VERDUGO, como consecuencia de su desvinculación del cargo de carrera que venía ocupando en la entidad territorial.

Por otra parte, encontró probada la calidad de agente estatal que tenía el demandado, quien en su condición de Alcalde Municipal de Duitama expidió los decretos 121 y 122 de 2002, los cuales originaron la desvinculación de la trabajadora del cargo de profesional universitario al servicio de la entidad. Sin embargo, en cuanto a la graduación de la conducta desplegada por el demandado, aseveró que el servidor o exservidor público puede demostrar que pese a la realización objetiva de alguna de las conductas consagradas en el artículo 6, numeral 3 de la Ley 678 de 2001, no incurrió en culpa grave, y que aun cuando el Decreto 122 de 1 de agosto, proferido por el demandado, resultó violatorio de normas legales, no todo vicio que afecte la validez de un acto administrativo conlleva automáticamente la existencia de culpa grave por parte del agente, sino que ello debe ser consecuencia de un yerro carente de justificación.

En tal sentido, estimó que los considerandos del acto que suprimió el cargo de la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO revelan el propósito de dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 44 de la Ley 715 de 2001, habiendo entendido el demandado que, al no continuar prestando el Municipio los servicios de salud que serían asumidos por la recién creada empresa social del Estado, había lugar a la supresión automática de los cargos de la Secretaría de Salud que no eran requeridos como consecuencia de la aplicación de la referida ley orgánica, con lo que la omisión de realizar el estudio técnico exigido por el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, esencial para la validez de los actos administrativos que suprimen cargos de carrera, obedeció a un error justificable desde el punto de vista jurídico, pues, en su parecer, el yerro del accionado estuvo ligado al propósito de cumplir una ley orgánica, la cual no contempló el procedimiento a seguir en el caso de que su aplicación conllevara la eliminación de cargos de carrera en los municipios que no continuaran prestando los servicios de salud.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La parte demandante sustentó el recurso de apelación (fls. 259-264 vto.), asegurando que se encuentra demostrado que el daño antijurídico fue causado por la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado, quien fungía como Alcalde de Duitama para la época de expedición del Decreto 122 de 1 de agosto de 2002, acto que dio por terminado el nombramiento en carrera de la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO y que fue declarado parcialmente nulo, ordenándose el reintegro de la trabajadora, conducta enmarcada como tal en la Ley 678 de 2001, al existir violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho y omisión de las formas sustanciales para la validez de los actos administrativos.

Reiteró que, ante la ausencia de las nociones legales de dolo y culpa grave para efectos de repetición, la Ley 678 de 2001 contempló 5 conductas en las cuales se presume el dolo del agente estatal y 4 en las que se presume la culpa grave, con lo que más que estatuir presunciones lo que pretende es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos, de los cuales se deduce la culpabilidad del agente.

Indicó que si bien el a quo consideró que el acto administrativo que suprimió el cargo de la señora RINCÓN BERDUGO es contrario a la ley pero se encuentra justificado por un error excusable, no tuvo en cuenta que la afectada con la decisión se encontraba en carrera administrativa, ni que para la fecha se encuentra vigente la Ley 443 de 1998, la cual estipula de manera taxativa las causales para retirar a un empleado de carrera, dentro de las cuales no se encuentra prevista la supresión del cargo. En tal sentido, estimó vulnerados los derechos de la extrabajadora a la estabilidad y permanencia en el cargo, en tanto que se le debió haber incorporado en un cargo equivalente, ya que la indemnización es escogencia del empleado.

Finalmente, señaló que el Decreto 122 de 2001 suscrito por el demandado carece de motivación y que fue expedido irregularmente, toda vez que no contó con el estudio técnico para suprimir el cargo que desempeñaba la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO como empleado en carrera administrativa, siendo ello consecuencia de la conducta dolosa y/o gravemente culposa del exalcalde.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de 28 de octubre de 2016, el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto (fl. 276).

En providencia del 19 de abril de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante (fl. 281).

A través de proveído de 18 de agosto de 2017, se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo traslado para alegar de conclusión, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A. (fl. 297).

Parte demandante (fls. 310-316)

Reiteró los argumentos expuestos, tanto en la demanda como en el escrito de apelación.

El Ministerio Público (fls. 317-326)

Manifestó que la acción de repetición es una acción civil, en tanto circunscribe su aplicación a una pretensión de carácter patrimonial, y que no obstante la ley y la jurisprudencia establecen unos elementos objetivos para su procedencia,

también exige la prueba de un elemento subjetivo, de modo que no procede por la sola existencia de una condena en contra del Estado.

Señaló que si bien es cierto el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho y el de repetición tienen una naturaleza disímil, también lo es que en los fundamentos de la declaratoria de nulidad del Decreto 122 de 2002 se puede verificar por parte del demandado el desapego inexcusable a la normatividad vigente, al omitir conscientemente la realización de los respectivos estudios técnicos que soportaran la supresión del cargo. En tal sentido, indicó que el cargo que venía desempeñando la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO era de carrera administrativa, con lo que la protección de los derechos al trabajo y estabilidad laboral exige que cualquier mutación de dicha condición deba tener un soporte amplio y suficiente, constituyéndose en requisito la existencia de unos estudios técnicos de necesidad, pertinencia, conveniencia, eficacia y eficiencia de dicha supresión, lo cual no estuvo presente en la expedición del acto suscrito por el demandado.

Aseveró que no son de recibo los argumentos del demandado acerca de que no se trató de una reforma o modificación a la planta de personal sino de la supresión de cargos para trasladar funciones de una entidad a otra, lo cual no exigía el adelantamiento de estudios técnicos, ya que cualquiera de los dos procedimientos implica la eliminación de un estatus de vinculación en carrera administrativa y, en tal virtud, la obligación de adelantar los estudios técnicos que soportaran esa decisión.

Concordante con lo anterior, adujo desconocimiento del ordenamiento jurídico y de los elementos esenciales de validez en la producción del acto administrativo, dada la omisión inexcusable de realizar los estudios técnicos correspondientes antes de suprimir un cargo de carrera, lo cual, aun si hubiese ocurrido por ignorancia y/o aplicación errónea de la ley, no resulta justificable, ya que el desconocimiento supino de las normas sustanciales y de los

procedimientos administrativos no desvirtúa la presunción de culpa grave, en los términos del artículo 6 de la Ley 678 de 2001

En virtud de lo anterior, encontró probados los elementos objetivos y subjetivos de responsabilidad en sede de repetición y, por tal razón, solicitó que se revoque la sentencia proferida por el a quo y que, en su lugar, se condene al demandado al pago de los dineros erogados por el Municipio de Duitama, con su correspondiente indexación.

VII. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde a este Tribunal determinar si el señor GUSTAVO ALFREDO CANO RIAÑO, quien se desempeñó como alcalde del Municipio de Duitama, actuó con dolo o culpa grave al haber dado por terminado el nombramiento en carrera administrativa de la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO, en el cargo de Profesional Universitario, Código 337, Grado 03 de la Secretaría de Salud Municipal, debiendo, en tal caso, reintegrar las sumas que tuvo que cancelar el Municipio con ocasión de la condena que le fuera impuesta dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la extrabajadora.

2. Normatividad aplicable

Como fundamento constitucional de la responsabilidad por vía de repetición, el artículo 90 de la Constitución Política consagra:

> ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

> En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 142 establece:

> ARTÍCULO 142. REPETICIÓN. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.
>
> La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.
>
> Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño.

Ahora bien, dado que los Decretos 121 y 122, por medio de los cuales se suprimió el cargo y se dio por terminado el nombramiento de la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO como Profesional Universitario, Código 337, Grado 03 de la Secretaria de Salud de Duitama y que finalmente originaron la condena judicial en contra de ese municipio, fueron proferidos el 1 de agosto de 2002, resultan aplicables en los aspectos sustanciales las disposiciones de la Ley 678 de 2001, vigente para la época de los hechos, la cual señala:

> **ARTÍCULO 2º.**. *Acción de repetición*. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, *conciliación u otra forma de terminación de un conflicto*. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.
>
> No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.
>
> **PARÁGRAFO 1º.** Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

> **PARÁGRAFO 2º.** Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa.
>
> **PARÁGRAFO 3º.** La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.
>
> **PARÁGRAFO 4º.** En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.

Concordante con lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado en abundantes providencias[1] los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes, a respecto de lo cual ha dicho que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, en tanto que el último de ellos es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición.

Los elementos necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria de repetición son los siguientes:

i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena.

ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.

iii) El pago efectivo realizado por el Estado.

---

[1] Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia de 28 de abril de 2011, Expediente 33407

iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

3. Lo probado dentro del proceso.

El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere el presente medio de control, en tal virtud, se destaca lo siguiente:

a). Sentencia de 22 de octubre de 2010, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo dentro del trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado 2002-3783, promovida por Ana Mercedes Rincón Berdugo, por medio de la cual, entre otros, resolvió ordenar al Municipio de Duitama reintegrar a la demandante al cargo de Profesional Universitario Código 33 Grado 02, o a uno de igual o superior jerarquía, y *"CONDENAR al Municipio de Duitama a reconocer y pagar a la demandante los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 1º de agosto de 2002 hasta cuando se haga efectivo el reintegro, incluyéndole todos los aumentos de ley, así como los aportes para la Seguridad Social en Pensiones, entendiéndose para efectos salariales y prestacionales que no existió solución de continuidad"*(fls. 25-54).

b). Sentencia de 23 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de 22 de octubre de 2010, confirmándola (fls. 57-78).

c). Certificación expedida el 22 de noviembre de 2012 por el Tesorero Municipal de Duitama, de acuerdo con la cual el total cancelado por concepto de la sentencia proferida dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho 2002-3783, es $275.188.926.oo (fl. 81).

d). Certificación expedida el 3 de diciembre de 2012 por la oficina de Talento Humano del Municipio de Duitama, según la cual el doctor Gustavo Alfredo Cano Riaño se desempeñó como Alcalde del Municipio de Duitama entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2003 (fl. 82).

e). Resoluciones Nos. 196 de 26 de marzo de 2012, por medio de la cual el Municipio de Duitama ordena el pago de una sentencia del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo (fls. 88-89), y 295 de 24 de abril de 2012, por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior, confirmándola (fls. 92-95).

f). Comprobante de egreso No. 2012001575 de fecha 14 de junio de 2006, a favor de Rincón Berdugo Ana Mercedes, por valor de $213.319.662.oo, concepto PAGO SENTENCIA JUDICIAL DEL JUZGADO PRIMERO A CIRCUITO DE SANTA ROSA DE VITERBO (fl. 98-99).

g). Acuerdo No. 005 de 25 de julio de 2002, *"Por el cual se establece la escala salarial para los cargos que conforman la planta de personal global de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (E.S.E.) SALUD DEL TUNDAMA"* (fls. 186-187).

h). Decreto No. 121 de 1 de agosto de 2002, *"Por el cual se suprimen unos cargos dentro de la planta de personal del Municipio de Duitama"* (fls. 218-219).

i). Decreto No. 122 de 1 de agosto de 2002, *"Por el cual se dan por terminados unos nombramientos dentro de la planta de personal del Municipio de Duitama, como consecuencia de la supresión de cargos"* (fls. 220-224).

4. Solución al caso en concreto

A la luz del material probatorio recaudado, procederá la Sala a determinar la responsabilidad patrimonial del demandado, mediante el análisis de cada uno de los elementos legal y jurisprudencialmente establecidos para la prosperidad del medio de control de repetición, así:

i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena.

Según la certificación expedida por la oficina de Talento Humano del Municipio de Duitama visible a folio 82, el señor GUSTAVO ALFREDO CANO RIAÑO se desempeñó como Alcalde del Municipio de Duitama entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2003; es decir que para la época de expedición de los actos administrativos que dieron origen a la condena impuesta en contra del Municipio el demandado se encontraba vinculado a la entidad, tal como lo corroboran los decretos 121 y 122 de 1 de agosto de 2002, suscritos por el accionado.

ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.

Se encuentra acreditado que mediante sentencia de 22 de octubre de 2010, proferida dentro del trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado 2002-3783, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, entre otros, resolvió: *"... CUARTO.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR al Municipio de Duitama, reintegrar a la Señora Ana Mercedes Rincón Berdugo al cargo de Profesional Universitario Código 337 Grado 02, como el que venía desempeñando antes del retiro, o a un cargo de*

igual o superior categoría. QUINTO.- CONDENAR al Municipio de Duitama a reconocer y pagar a la demandante, los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir dese el 1º de agosto de 2002 hasta cuando se haga efectivo el reintegro, incluyéndole todos los aumentos de ley, así como los aportes para la Seguridad Social en Pensiones, entendiéndose para efectos salariales y prestacionales que no existió solución de continuidad. (...)" (fls. 25-54), lo que denota la existencia de una condena judicial en firme en contra del Municipio de Duitama.

Así mismo, se allega copia de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, la cual resolvió *"CONFIRMAR la sentencia de 22 de octubre de 2010 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo. (...)"* (fls. 57-78).

iii) El pago efectivo realizado por el Estado.

Al respecto, se aportan las resoluciones Nos. 196 de 26 de marzo de 2012, por medio de la cual el Municipio de Duitama ordena el pago de una sentencia del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo (fls. 88-89), y 295 de 24 de abril de 2012, por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior, confirmándola (fls. 92-95); y, como soporte de recibo del pago por parte de la beneficiaria, comprobante de egreso No. 2012001575 de fecha 14 de junio de 2006, a favor de RINCÓN BERDUGO ANA MERCEDES, por valor de $213.319.662.oo, concepto *PAGO SENTENCIA JUDICIAL DEL JUZGADO PRIMERO A CIRCUITO DE SANTA ROSA DE VITERBO* (fl. 98-99).

Además de lo anterior, se aportan órdenes de pago y comprobantes de egreso expedidos por el Municipio de Duitama, con ocasión del pago de lo dejado de percibir por la demandante por concepto de prestaciones sociales, giros

autorizados a favor del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, NUEVA EPS S.A. y PORVENIR (fls. 106, 115 y 133).

Al respecto, es pertinente referir la postura del Consejo de Estado[2] frente al pago efectivo de la condena, así:

> "… Ahora, si bien obran en el expediente el egreso expedido por la Dirección Administrativa y Financiera de la Policía Nacional (folio 7, cuaderno 1) y el comprobante de consignación 12127753, por $17´612.568.24 (folio 8, cuaderno 1), el primero de ellos carece de la firma del ordenador del gasto y del beneficiario de la transacción donde conste haber recibido dicho pago, mientras que el segundo no tiene fecha, ni la indicación del lugar en el que se realizó la consignación y menos aún el registro o timbre del banco que demuestre la transacción.
>
> Así las cosas, los documentos aportados no son suficientes para demostrar el pago efectivo de la condena contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional; al efecto, aquella debió allegar no solo el documento o documentos que reconocieran y ordenaran el pago en favor del beneficiario y la correspondiente orden de pago, como acá se hizo, sino también la constancia de haber recibido este pago a entera satisfacción, es decir, debió aportarse también copia de la transacción, debidamente registrada por el banco donde se efectuó, esto es, de la consignación en favor del beneficiario o del paz y salvo suscrito por este, por ser ello lo que brinda certeza sobre el efectivo cumplimiento de la obligación de condena. (…).
>
> Así, lo esencial es acreditar que la obligación ha sido efectivamente satisfecha, esto es, que no exista duda alguna en relación con el hecho de que el beneficiario de la condena, conciliación o transacción ha recibido lo adeudado, de modo que corresponde a la entidad interesada allegar el documento pertinente que acredite que el pago fue efectivamente hecho (…).
>
> Conforme lo anterior, es claro que para acreditar el pago no basta con que la entidad demandante aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no consta la manifestación expresa del acreedor o beneficiario de haberlo recibido a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza –se insiste- acerca de la extinción de la obligación. (…)."

Concordante con lo anterior, se advierte que no obstante las órdenes de pago y los comprobantes de egreso expedidos por el Municipio de Duitama a favor del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y de la NUEVA EPS S.A., no obra prueba de que los recursos autorizados hayan sido efectivamente recibidos por las entidades, toda vez en que tales comprobantes no consignan la firma de los beneficiarios y como quiera que tampoco se aporta constancia de la transacción registrada por el banco donde se efectuó el pago.

[2] Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia de 18 de abril de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

Así las cosas, la Sala encuentra suficientemente soportado el pago de la condena, únicamente respecto de la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO, según comprobante de egreso firmado por la beneficiaria y estados bancarios de DAVIVIENDA (fls. 98-99 y 103-105), y de PORVENIR, conforme comprobantes de egreso y de consignación (fls. 133 y136), montos que se pueden resumir de la siguiente manera:

Beneficiario	**Valor**
Ana Mercedes Rincón Verdugo	$213.319.662
PORVENIR (Cesantías e intereses de cesantías)	$20.219.174
TOTAL	**$233.538.836**

iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

Como se indicó, además de los presupuestos anteriormente analizados, es necesario verificar, a la luz de las evidencias aportadas, una conducta del agente estatal con incidencia en la condena contra el Estado e imputable a aquel a título de dolo o de culpa grave, nociones estas respecto de las cuales el Consejo de Estado ha puntualizado:

> "Al no haberse precisado o definido legalmente, de manera específica para efectos de la acción de repetición, los conceptos de 'culpa grave' y 'dolo', la jurisprudencia (…) acudió inicialmente a la noción recogida y desarrollada por el ordenamiento civil, en cuyo artículo 63 (…) se distingue entre la culpa grave, la culpa leve y la culpa levísima, para efectos de señalar que culpa o negligencia grave es el descuido en que ni siquiera incurrirían las personas negligentes o de poca prudencia en el manejo de sus propios negocios. Así mismo, el aludido artículo 63 precisa que en materia civil esa culpa se equipara al dolo que, a su vez, se concibe como ´la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro´. (…).
>
> En términos generales la doctrina autorizada ha sostenido, que el dolo hace referencia a ´la intención dirigida por el agente del Estado a realizar la actividad generadora del daño´, mientras que la culpa grave tiene que ver con ´aquella conducta descuidada del agente estatal´, causadora del daño que hubiera podido evitarse con la diligencia y cuidado que corresponde a quien debe atender dicha actividad en forma normal.[3]

[3] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 16887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Por otra parte, como se mencionó, teniendo en cuenta la fecha de expedición de los actos dispusieron la supresión del cargo y la terminación del nombramiento en propiedad de la demandante, a efectos de determinar la responsabilidad del demandado, bien sea a título de dolo o culpa grave, habrá que remitirse a las disposiciones de la Ley 678 de 2001, la cual estableció:

> **ARTÍCULO 5º.** *Dolo.* La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.
>
> Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:
>
> 1. Obrar con desviación de poder.
>
> 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
>
> 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
>
> 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
>
> 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

> **ARTÍCULO 6º.** *Culpa grave.* La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.
>
> Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:
>
> 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
>
> 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
>
> 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
>
> 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

En cuanto a los anteriores eventos presuntivos de culpa grave y dolo, el Consejo de Estado se ha encargado de delimitar estos dos conceptos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de aquellos que prestan o prestaron sus servicios al Estado. En tal sentido, la Sección Tercera, Subsección B, con

ponencia de la Doctora Stella Conto Díaz del Castillo, en providencia del 30 de abril de 2014, señaló:

> "La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación. Se exige, entonces, adelantar un juicio especial de la conducta que no solo demuestre descuido sino negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación, ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asuntos propios. Se concluye, entonces, que no cualquier conducta, así fuere errada, compromete la responsabilidad de los servidores públicos. (…). La doctrina sobre el particular ha sostenido[4]:
>
> "El concepto de culpa hace referencia a un estándar genérico y flexible de la persona prudente y diligente. La determinación de la regla de conducta que habría observado esa persona en las circunstancias del caso es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, esos deberes pueden estar también tipificados por la ley (como característicamente ocurre con el tráfico vehicular) o pueden estar establecidos convencionalmente por reglas sociales, formales o informales. A falta de la ley o de usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir como se habría comportado una persona prudente en las mismas circunstancias.
>
> (…) Es decir, al margen de la legalidad o ilegalidad de la actuación, se habrá de determinar si la conducta de los servidores se sujetó a los estándares de corrección[5] o si por el contrario los desbordó hasta descender a niveles que no se esperarían, ni siquiera del manejo que las personas negligentes emplean en sus propios negocios; de manera que lo acontecido no encuentre justificación.""

Es clara entonces, la necesidad de determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta[6].

Sobre este mismo aspecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades diciendo[7]:

> "En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un típico procedimiento

[4] Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile 2009.
[5] JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. El principio de la Buena Fe. Bosch, Casa Editorial Barcelona.965 Pg. 57 "Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fue objetiva, de buena fe sub-legítimamente. Refiriéndose a la conducta del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que se deriva su derecho, según los casos. En el primer supuesto, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, lo que se manifiesta en las relaciones no solo de los derechos reales, sino también en las más diversas (…)".
[6] Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia de 26 de febrero de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa
[7] Sentencias C- 374/02, C- 423 /02 y 455/02.

> de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.
>
> Por ello, la presunción constituye un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad, ya que se trata de un criterio que la ley o el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho diferente y conocido como cierto.
>
> (...) con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtirse en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.”

De lo anterior se desprende que las presunciones son suposiciones que pueden provenir de la ley o del juicio del juez frente a la observancia de los hechos, las cuales constituyen medios indirectos para alcanzar la verdad a partir de hechos conectados entre sí. Es así como el actor debe demostrar que de una circunstancia o causal resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción, invirtiéndose la carga de la prueba al demandado, el cual deberá probar la inexistencia del hecho o de las circunstancias de las cuales se infiere, para liberar su responsabilidad patrimonial. Como lo ha dicho la Corte, la presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas, pues, al facilitar el ejercicio de la acción de repetición, que es una acción de naturaleza civil, en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, permiten alcanzar los objetivos de garantizar la integridad del patrimonio público y la moralidad y eficacia de la función pública (arts. 123 y 209 de la C.P.).

Bajo estas premisas, teniendo en cuenta que no se encuentra demostrado que la conducta desplegada por el demandado al momento de expedir los actos que dieron origen a la sanción pecuniaria en contra del Estado hubiese acarreado el desconocimiento deliberado de preceptos legales con el fin de infligir un perjuicio a la extrabajadora o al ente municipal, le corresponde a la Sala

determinar si el supuesto fáctico presentado por el actor denotó una actuación gravemente culposa, determinada por un error inexcusable.

En el caso particular, se advierte que el Decreto 121 de 1 de agosto de 2002, por medio del cual se suprimen unos cargos dentro de la planta de personal del Municipio de Duitama, entre ellos el de la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO, consignó como razones de decisión el artículo 44 de la Ley 715 de 2001, el cual dispuso que los municipios que no se encontraban certificados a 31 de julio de 2001 no podrían asumir directamente la prestación de los servicios de salud, y que, en virtud de la creación por parte del Concejo Municipal de la ESE SALUD DEL TUNDAMA, mediante Acuerdo No. 025 de 11 de octubre de 1999, y del establecimiento de la planta de personal global de la mencionada empresa, mediante Acuerdo No. 004 de 25 de julio de 2002, se debía proceder a la supresión de los cargos de la Secretaría de Salud que no se requerían para la prestación del servicio.

Con ocasión de lo anterior, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, mediante sentencia de 22 de octubre de 2010, resolvió declarar la nulidad parcial del Decreto No. 122 de 1 de agosto de 2002, proferido por el Alcalde del Municipio de Duitama, en lo atinente a la terminación del nombramiento en carrera administrativa de la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO, como consecuencia de lo cual ordenó al Municipio de Duitama reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando antes del retiro o a uno de igual o superior jerarquía, y condenar al Municipio reconocerle y pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 1 de agosto de 2002 hasta cuando se hiciera efectivo el reintegro, incluyendo todos los aumentos de ley, así como los aportes para seguridad social en pensiones, sin solución de continuidad.

En tales circunstancias, dado que el demandante alega que la supresión de cargos en las entidades del Estado debe fundarse en necesidades del servicio o de modernización de las mismas, siempre soportadas en estudios técnicos que

así lo demuestren, de modo que la omisión de este procedimiento por parte del demandado enmarca su conducta gravemente culposa, por "omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable", deberá analizarse dicha aseveración a la luz las presunciones del artículo 6 de la Ley 678 de 2001.

4.1. La realización del estudio técnico previo a la supresión de cargos de carrera administrativa.

Se debe precisar que uno de los instrumentos con que cuenta la Administración Pública, en pro de un adecuado desarrollo de la función administrativa y que tiene consagración constitucional[8], lo constituye el desarrollo de la carrera, entendido como un sistema técnico de administración de personal que guía no solo el ingreso al servicio sino también su permanencia y retiro. Así, el sistema de carrera administrativa garantiza, además de la estabilidad laboral del servidor, la igualdad en el acceso a los cargos públicos, ello en consonancia con los artículos 13 y 40, numeral 7, de la Constitución[9].

Ahora bien, jurisprudencialmente se encuentra establecido que la Administración pública puede acudir a la figura de la supresión de empleos de la entidad por motivos de interés general, a fin de garantizar la eficacia y eficiencia del servicio público a su cargo, adecuando sus plantas de empleos, sin que puedan oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios, ya que

[8] ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

[9] Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de decisión No. 5 – Sentencia de 14 de junio de 2017, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo

estos deberán ceder ante el interés general[10]. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho[11]:

> "No hay duda de que la pertenencia a la carrera administrativa implica para los empleados escalafonados en ella la estabilidad en el empleo, sin embargo, esa sola circunstancia no obliga al Estado a mantener los cargos que éstos ocupan, por siempre y para siempre, pues pueden existir razones y situaciones que justifiquen la supresión de los mismos. La estabilidad, como tantas veces se ha dicho, *"no significa que el empleado sea inamovible, como si la Administración estuviese atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa aún en los casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pues ello conduciría al desvertebramiento de la función pública y a la corrupción de la carrera administrativa. (.....)"*
>
> El derecho a la estabilidad, *"no impide que la Administración por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública, pueda suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. Por consiguiente, cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga, sin que pueda oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que éstos deben ceder ante el interés general."*

Por su parte el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, frente a los eventos de supresión, estableció el derecho de los empleados en sistema de carrera a ser incorporados en los cargos que se mantienen en la nueva planta o de optar por una indemnización, y, en cuanto al procedimiento y garantías de los trabajadores al momento de supresión del cargo, el artículo 41 de la misma disposición señaló:

> **Artículo 41º.-** *Reforma de plantas de personal.* Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la Rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditados, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.
>
> Toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, incluidos sin excepción los establecimientos públicos, y las plantas de personal de empleos públicos que formen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública llevará el balance de cargos deficitarios que, requiriéndose para el cumplimiento de los fines de las entidades nacionales, no hubiere sido posible crearlos en las respectivas plantas de personal por razones de orden presupuestal. Dicho balance se justificará en estudios técnicos de planta consultando exclusivamente las

[10] Idem
[11] Sentencia C-370 de 1999

necesidades del servicio y las técnicas de análisis ocupacional con prescindencia de cualquier otro concepto.

La norma anterior fue reglamentada a través del Decreto 1572 de 1998, reiterando las exigencias en los procesos de reforma de plantas de personal de las entidades, así:

Artículo 148º.- Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución, las cuales estarán soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren.

A su turno, el artículo 10 del Decreto 2504 de 1998, modificatorio del anterior, al respecto de la necesidad de adelantar estudios técnicos, previo a la modificación de las plantas de personal, dispuso:

Artículo 154º.- Los estudios que soportan las modificaciones de las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, dependiendo de la causa que origine la propuesta, alguno o varios de los siguientes aspectos:

1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.

2. Evaluación de la prestación de los servicios.

3. Evaluación de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleados.

Es así que, no obstante la facultad conferida a los alcaldes para adelantar los procesos de supresión de cargos en su respectivo municipio, atribución amparada por el artículo 315 de la Carta Política, debe inferirse que la modificación de una planta de personal que implique supresión de empleos en carrera debe contar con los estudios técnicos que justifiquen dicha restructuración, en términos de calidad idoneidad y eficiencia del servicio.

Al respecto de la expedición irregular de los actos administrativos por omisión del mencionado requisito, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido:

> "… Tratándose de supresión de empleos de carrera administrativa, las referidas disposiciones legales consagran como exigencia previa para ese particular proceso, la elaboración de un estudio técnico como sustento de la reforma a las plantas de personal. Se trata entonces de una formalidad, como presupuesto, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, pues su inobservancia genera, como consecuencia, la nulidad de los actos que le siguen, en tanto se configura una expedición irregular. Siendo entonces el proceso de reestructuración una actuación administrativa esencialmente reglada en donde la ley le señala tanto la oportunidad como el procedimiento a seguir, la administración debe actuar dentro de un estricto marco legal (Ley 443 de 1998), pues su accionar está siempre determinado en una norma de derecho positivo y su desarrollo no puede estar al libre albedrío de la autoridad[12]. (…).

Y en relación con la misma formalidad, como supuesto indicativo de la debida motivación del acto administrativo, la misma Corporación señaló:

> "Una de las formas más contundentes para demostrar que las razones que motivaron la supresión de cargos no se fundaron en necesidades del servicio o en modernización de la administración, sino en un interés ajeno a estos colectivos, la constituye el hecho de probar la inexistencia del estudio técnico exigido en la ley o la insuficiencia o limitación del mismo, o más aún la ausencia de comunicación a la respectiva Comisión Departamental o Distrital del Servicio Civil del inicio del proceso de modificación a su planta de personal[13]."

De lo anterior se colige que todos los procesos que impliquen la supresión de cargos de carrera deben necesariamente estar precedidos del adelantamiento de estudios técnicos que por razones del servicio o de modernización institucional así lo justifiquen, de modo que no resultan de recibo los argumentos del demandante respecto de la inexigibilidad del adelantamiento de estudios técnicos previos a la supresión de los cargos de carrera al interior de la Secretaría de Educación del Municipio de Duitama, por haber obedecido dicha supresión al traslado del funciones de una entidad a otra y no a un proceso de reforma de la planta de personal, este último el cual, en su parecer, era el único que imponía el deber legal de adelantar tales estudios. Sobre este particular, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado:

> "… De otra parte, no es cierto que la exigencia de dicho requisito – estudio técnico – se exija solo en los casos de "Reforma Administrativa" o "Reforma de Planta de Personal" en general, que impliquen desde luego la supresión de un empleo, como razón suficiente para que se atiendan imperativamente sus previsiones legales (…) Tampoco resulta de recibo el argumento de que como se trataba de una supresión y no de una reforma administrativa no se requería estudio técnico y que, por lo tanto, el gerente de la entidad podía, conforme a los

[12] Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de 27 de abril de 2015, M.P. Alfonso Vargas Rincón
[13] Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de 19 de febrero de 2015, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

> artículos (…) remover libremente a la demandante, puesto que ella se encontraba escalafonada en carrera administrativa y no podía ser sujeto pasivo de una medida de esa naturaleza[14] (…)".

Es así como, en el caso particular, el demandado incurrió en desconocimiento del ordenamiento jurídico y de los elementos esenciales para la validez del acto administrativo que dispuso la supresión de unos cargos de carrera de la planta de personal del Municipio, lo cual determina su actuar negligente, e inexcusable, teniendo en cuenta que por regla general el desconocimiento de la ley no excusa de su aplicación, menos tratándose de un agente del estado, a quien puede imputarse responsabilidad también por omisión en el ejercicio de sus funciones[15].

Concordante con lo anterior, es del caso precisar que, en reciente decisión[16], esta Corporación se pronunció acerca del carácter censurable de la conducta desplegada por el demandado, al omitir la realización del estudio técnico previo a la supresión de los cargos en carrera de la Secretaría de Salud del Municipio de Duitama, dispuesta por los decretos 121 y 122 de 1 de agosto de 2002, oportunidad en la que se consideró:

> Así la inobservancia de realizar los estudios técnicos previos a la supresión de empleos de carrera, no solamente tiene la entidad suficiente para invalidar en sede de nulidad y restablecimiento del derecho los actos administrativos que así los dispusieron, sino que también configura la presunción de culpa grave prevista en el artículo 6 numeral 3 de la Ley 671 de 2001, es decir, *"omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable"*, esto a fin de declarar la responsabilidad patrimonial en el marco del medio de repetición del señor Gustavo Alfredo Cano Riaño. (…).
>
> Como se advierte la creación por parte del Concejo Municipal de Duitama de la ESE SALUD TUNDAMA, en modo alguno puede ser entendido como una habilitación para el alcalde municipal de la época, si lo que pretendía era suprimir unos cargos de carrera de la Secretaría de Salud del municipio, obviara la realización del procedimiento reglado establecido en la Ley 443 de 1998, particularmente la realización del estudio técnico previo, amparado en un supuesto traslado de funciones, ello por cuanto debía garantizar los derechos de las personas que se encontraban vinculadas en carrera administrativa. (…)."

Así las cosas y reiterando la posición asumida por esta Corporación, la Sala encuentra que la omisión del estudio técnico previo a la supresión de los

[14] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 24 de mayo de 2005, C.P. Alberto Arango Mantilla
[15] Artículo 6 de la Constitución Política
[16] Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión No. 5, Sentencia de 14 de junio de 2017, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo

cargos de carrera de la Secretaría de Salud del Municipio de Duitama tiene como consecuencia que la conducta desplegada por el señor GUSTAVO ALFREDO CANO RIAÑO en el presente asunto se considere realizada a título de culpa grave, ello por cuanto se configura plenamente la presunción prevista en el numeral 3 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, relacionada con la "omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable", circunstancia que no fue desvirtuada por el demandado.

Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia proferida el 24 de agosto de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, y, en su lugar, declarará civil y administrativamente responsable al señor GUSTAVO ALFREDO CANO RIAÑO de la condena impuesta por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, el 22 de octubre de 2010, consecuencia de lo cual se le condenará a reintegrar las sumas pagadas por el Municipio de Duitama a título de indemnización.

5. -Cuantificación de la condena

Conforme lo expuesto en precedencia, se encuentra debidamente soportado el pago efectuado por la entidad demandante, por un total de DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/C **($233.538.836.oo)**, con ocasión de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, dentro del trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2002-3783, suma que deberá reintegrar el demandado y que deberá ser actualizada de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es el total pagado por el demandante con ocasión de la condena impuesta en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente para la fecha de esta sentencia, por el índice vigente para la fecha de pago de la condena (junio de 2012).

6. -Costas y agencias en derecho

Teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control de repetición y conforme lo dispuesto por el artículo 188 del CAPACA, el cual proscribe liquidar costas en los procesos en que se ventile un interés público, no se condenará en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de fecha 24 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. DECLÁRASE la responsabilidad patrimonial del señor GUSTAVO ALFREDO CANO RIAÑO, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.230.360, quien por su conducta gravemente culposa causó el reconocimiento de una indemnización a favor de la señora ANA MERCEDES RINCÓN BERDUGO y en contra del Municipio de Duitama.

TERCERO. CONDÉNASE al señor GUSTAVO ALFREDO CANO RIAÑO, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.230.360, a reintegrar al Municipio de Duitama la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/C **($233.538.836.oo),** por los perjuicios causados al Estado con culpa grave. Dicha suma deberá ser actualizada conforme lo señalado en la parte considerativa y deberá ser cancelada dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta decisión.

CUARTO. DÉSE cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 15 de la Ley 678 de 2001.

QUINTO. Sin condena en costas en esta instancia.

SEXTO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

Medio de Control: *Reparación Directa*
Demandante: ***Silvio Alberto Cuevas Cuevas y otro***
Demandado: *Ministerio de Medio Ambiente y otros*
Expediente: *15238 3333 001* ***2013 00044*** *01*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante (fls. 667 a 686 c.3), contra la sentencia de primera instancia proferida el ***23 de marzo de 2017*** *(fls. 638 a 655 c.3), por el Juzgado Cuarto Administrativo Orai del Circuito Judicial de Tunja, que* ***negó*** *las pretensiones de la demanda presentada por la señora* ***Silvio Alberto Cuevas Cuevas y otro.***

I. ANTECEDENTES

Demanda[1]***.*** *(fls. 6 a 15 c.1). En ejercicio del medio de control de reparación directa, los señores* ***Silvio Alberto Cuevas Cuevas*** *y* ***Flor Marina Rincón Mesa****, a través de apoderado judicial, solicitaron que se declare administrativa y extracontractualmente responsables a los Ministerios de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Vivienda, Ciudad y Territorio, Agricultura y Desarrollo Rural; al Sistema Nacional de Prevención y Atención de Desastres, al Departamento de Boyacá, a la Corporación Autónoma Regional de Boyacá -CORPOBOYACÁ- y al Municipio de Jericó, por los daños antijurídicos de orden material y subjetivado que, a su juicio, se causaron como consecuencia del desastre natural ocurrido el 29 de abril de 2011, en la Vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó.*

A título de reparación solicitaron que las entidades accionadas cancelen solidariamente el valor de los perjuicios materiales irrogados en su vertiente de daño emergente ($211.000.000 pesos M/cte.) y lucro cesante ($71.000.000 pesos M/cte.); así como el reconocimiento de daños morales en orden de 100 s.m.m.l.v., para cada demandante. De la misma forma, pidieron la actualización de la condena y el pago de los intereses moratorios.

---

[1] *Por escrito de 14 de junio de 2013 (fls. 67 a 82 c.1), se presentó subsanación al libelo inicial, clarificándose los hechos y cuantía del proceso.*

Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. (sic).

1.2. *Señalaron como hechos relevantes los siguientes:*

- *Que los señores Silvio Alberto Cuevas Cuevas y Flor Marina Rincón Mesa, contrajeron matrimonio por el rito católico el 22 de diciembre de 1971.*
- *Que los demandante son propietarios de los siguientes bienes inmuebles:*
    - *Finca denominada "El Eucaliptus" (sic), ubicada en la Vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, identificada con la matrícula inmobiliaria No. 094-0020724; terreno destinado al cultivo de alfalfa, fríjol y maíz.*
    - *Finca denominada "El Diamante", ubicada en la Vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, identificada con la matrícula inmobiliaria No. 094-0016292; predio que contaba con un tanque para riego artificial.*
    - *Finca denominada "Santa Elena", ubicada en la Vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, identificada con la cédula catastral No. 000100030275000; inmueble utilizado para el desarrollo de actividades agrícolas y pecuarias.*
    - *Finca denominada "El Eucaliptus" (sic), ubicada en la Vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, distinguida catastralmente con el No. 000100030275000; heredad en la que se había construido un tanque para riego artificial.*
    - *Finca denominada "Cascajo Negro", ubicada en la Vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, identificada con la cédula catastral No. 000100030267000; terreno apto para la siembra de alfalfa y maíz.*
    - *Finca denominada "El Eucalipto", ubicada en la Vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, distinguida catastralmente con el No. 000100030273000; terreno destinado para el cultivo de productos propios de la región.*
    - *Finca denominada "La Hoyita", ubicada en la Vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, identificada con la cédula catastral No. 000100030242000; propiedad utilizada para el cultivo de brevas.*

- *Finca denominada "El Salcedo", ubicada en la Vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, identificada con la cédula catastral No. 000100030279000.*

- *Que los predios se encontraban formal y legalmente ajustados a las exigencias de la propiedad privada, se pagaba tributo y el uso del suelo estaba dentro de los parámetros medio ambientales y del Plan de Ordenamiento Territorial.*

- *Que las entidades demandadas tenían pleno conocimiento de las fallas geológicas y ambientales que afectaban el sector, sin embargo, no se estructuraron verdaderos planes especiales de manejo y protección, de seguimiento ambiental, monitoreo, contingencia, proyectos, obras o actividades tendientes a la prevención y mitigación de posibles desastres.*

- *Que el 29 de abril de 2011, producto de la ola invernal, se presentó un desastre natural (deslizamiento de tierra), que generó la transformación del entorno y desaparición de los inmuebles pertenecientes a los accionantes.*

- *Que "se registran* ***ACCIONES u OMISIONES de la FUNCIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA*** *que materializa* ***ERRORES O FALLAS*** *(…) pero no se hizo nada para efectivizar elementales principios ecológico-ambientales de* ***cuidado, precautelación, prevención, corrección, mitigación, compensación****…a la fecha, se evidencia que no existía un* ***PLAN ESPECIAL DE MANEJO Y PROTECCION DEL SECTOR…tampoco un PLAN DE SEGUIMIENTO AMBIENTAL, MONITOREO, CONTINGENCIA Y ABANDONO…proyecto, obra o actividad, para atender la vida digna y bienes por la que se*** *irrogan como consecuencia de los efectos de los* ***DAÑOS ANTIJURÍDICOS*** *(…)" (fl. 11) -Resaltado del texto original-.*

- *Que se han irrogado daños de orden material y moral a los demandantes que deben ser reparados.*

II. ***SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA*** *(fls. 638 a 655 c.3).*

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en sentencia de ***23 de marzo de 2017****,* ***negó*** *las pretensiones de la demanda presentada por la señora* ***Silvio Alberto Cuevas Cuevas*** *y otro.*

Contrajo el problema jurídico a determinar si se cumplen los elementos constitutivos de responsabilidad extracontractual del Estado, en cabeza de las entidades demandadas, por los presuntos perjuicios causados a los accionantes con ocasión

del desastre natural ocurrido el 29 de abril de 2011, en la vereda "Estancia" del Municipio de Jericó.

Indicó que de conformidad con la cláusula de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Adujo que para considerar la responsabilidad patrimonial de la administración debe encontrarse plenamente acreditado un daño, que el mismo pueda ser imputado a una entidad pública y la existencia de un nexo de causalidad entre el primero y el segundo; dijo que el régimen de responsabilidad aplicable en el sub examine es el subjetivo por falla del servicio, en razón a una presunta omisión en la adopción de planes y medidas de manejo ambiental imputable las entidades accionadas.

Destacó que a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la prueba idónea para acreditar la adquisición y transmisión de derechos reales es el certificado que expida el Registrador de Instrumentos Públicos, documento que informa la situación jurídica de un determinado inmueble, así como la persona que ostenta la titularidad de dominio sobre el bien.

De cara al caso concreto, encontró que los demandantes no probaron su calidad de propietarios respecto de los predios denominados "El Eucaliptus", "El Diamante", "Santa Elena", "El Eucaliptus (sic)", "Cascajo Negro", "El Eucalipto", "La Hoyita" y "El Salcedo".

Sostuvo que de las escrituras públicas, contratos de compraventas y folios de matrícula inmobiliaria obrantes en el expediente, se puede concluir una venta de derechos y acciones herenciales, negocio jurídico que a la luz de las normas sobre la propiedad privada, no genera un acto traslaticio de dominio, sino una expectativa frente al derecho real de la propiedad, situación que se conoce como falsa tradición.

Precisó que de los elementos cognitivos obrantes en el plenario -incluida la prueba testimonial- no se logra establecer la calidad de poseedores de los señores Silvio Alberto Cuevas Cuevas y Flor Marina Rincón Mesa, sobre los predios objeto del litigio, en la medida que no se evidencian los elementos subjetivos y objetivos de la posesión.

Concluyó el Juzgado que no se acreditó la legitimación material en la causa por activa para promover el presente medio de control, requisito necesario para la

prosperidad de las pretensiones y, por ende, para abordar el estudio indemnizatorio promovido con la demanda.

Finalmente, agregó que "la causa detonante para la presencia del fenómeno natural presentado el 29 de abril de 2011 en el municipio de Jericó -- Boyacá, fue la alta precipitación presentada en el mes de abril de 2011, es decir, el aumento anormal en el nivel de lluvias en la zona con ocasión del fenómeno climático denominado "el fenómeno de la niña" que produjo cambios vertiginosos en las condiciones meteorológicas del país entre los años 2010 y 2011" (fl. 654 c.3). situación que configuraba el eximente de responsabilidad de fuerza mayor.

No condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN *(fls. 667 a 686 c.3).*

Inconforme con la decisión de primera instancia, la ***parte demandante*** *apeló la sentencia, con fundamento en lo siguiente:*

Dijo que de una lectura sistemática, axiológica y finalista de la "Constitución Ecológica", se encuentra que el Estado, tiene la obligación de manejar de forma adecuada los recursos naturales renovables y la integridad del medio ambiente como patrimonio común de la humanidad.

Adujo que la acción de reparación directa debe atender los principios de reparación integral y de equidad; y que la demanda y demás intervenciones procesales, se realizaron bajo la premisa probatoria de ser bajo juramento y de buena fe.

*En el título que denominó "**III. DE LOS HECHOS COMPROBADOS**" (fl. 681 c.3), sostuvo:*

> *"**1.** El núcleo familiar de la Parte Demandante fue debidamente acreditado con los registros civiles requeridos.-*
>
> *2. Que fueron reconocidos como damnificados por las afectaciones a los inmuebles donde subsistían por cuya virtud pagaban los tributos del impuesto predial acorde a las escrituras debidamente registradas y contratos de compraventa que la propiedad y posesión material de los predios afectados pertenecen a la Parte Demandante, que pagaban los impuestos desde el año 1969, 1987, 1990, 1992, 1996, 1997 y 1992 (sic), cuando fueron adquiriendo sus predios y que, la Parte Demandante no desconoció la propiedad, el Municipio de Jericó no se pronunció respecto de las propiedades".*

En relación con el nexo de causalidad, manifestó que el hecho concreto de la remoción en masa de la capa vegetal en la vereda la "Estancia", producto del irracional uso del agua de regadío y del suelo, generó los daños por los cuales se demanda.

Agregó que "En consecuencia, las omisiones y extralimitaciones que se han materializado por la Parte Demandada, es total y absolutamente responsabilidad social dado que teniéndose conocimiento del alto riesgo que se había declarado dicha zona en épocas de lluvias, muy a pesar de todos los demás factores, las autoridades desde cuando declararon la zona de alto riesgo, teniéndose la oportunidad de hacer los correctivos de mitigación, prevención control, etc., no se ha diseñado y menos se ha hecho efectivo ningún plan de manejo, mantenimiento y protección especial que requiere la zona por ende los inmuebles de los Demandantes..." (fl. 684 c.3).

Señaló que hay una relación de causa y efecto entre la falla del servicio de los entes públicos demandados y los perjuicios causados.

Que la Juez a-quo, incurrió en un defecto de procedibilidad al negar las pretensiones de la demanda a pesar que fueron probados de forma idónea los hechos, los daños antijurídicos y los elementos estructurales de la responsabilidad administrativa por la que se acciona.

Concluyó que el uso del suelo de que trata el artículo 334 de la Constitución Nacional, así como la Ley 388 de 1997 y las normas afines, determinan los elementos estructurales del Esquema de Ordenamiento Territorial de Jericó, y que no fueron aplicados por el ente territorial frente al uso irracional del agua para regadío.

Solicitó se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones de la demanda.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

En firme el auto que admitió el recurso de apelación (fl. 693 vto. c.3), sin que se hubiese presentado solicitud alguna, se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de acuerdo con el artículo 247 del CPACA., y se corrió traslado para alegar de conclusión por el término de diez (10) días siguientes a la notificación de la decisión (fl. 696 vto. c.3).

4.1. Parte actora *(fls. 724 a 725 c.3).*

Dijo que ninguna de las entidades demandadas aplicó los principios medio ambientales de uso de suelo, prevención, precautelación, manejo, control, mitigación y compensación, omisión que compromete su responsabilidad en los hechos que se juzgan.

Sostuvo que en el sub judice se presentó un defecto de procedibilidad, en la medida que el fallador de primer grado desestimó de forma incongruente la prueba aportada e invirtió la obligación probatoria sobre la existencia del daño, lo cual, a la postre, desconoció principios de raigambre constitucional.

Destacó que "no existe prueba alguna que respalde el grado de pluviosidad o medida de la cantidad de aguas lluvias caídas en el sector de la vereda la ***ESTANCIA DEL MUNICIPIO DE JERICÓ*** *y que como tal respalde y compruebe el* ***"...EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD POR FUERZA MAYOR ENDILGADA A LAS INTENSAS LLUVIAS DEL AÑO 2011..."*** *(fl. 725 C.3).*

Concluyó que en el proceso se encuentra probado el derecho de propiedad radicado en cabeza de los demandantes y la magnitud del daño causado, por tanto, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

4.2. Demandados.

4.2.1. Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio *(fls. 699 a 707 c.3).*

Enfatizó que no es la encargada de adelantar los estudios relacionados con las zonas de alto riesgo y alto riesgo no mitigable, responsabilidad esta que fue radicada en cabeza de los entes territoriales, de acuerdo con sus Planes de Ordenamiento Territorial y Planes de Desarrollo.

Alegó que la administración no ve comprometida su responsabilidad por acción u omisión y que la parte actora no probó el derecho de propiedad sobre los bienes que se dicen fueron afectados con la ola invernal presentada en el año 2011, fenómeno climatológico que constituye una fuerza mayor, al ser un evento irresistible e imprevisible de la naturaleza.

4.2.2. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural *(fls. 702 a 708 c.3).*

Dijo que la entidad no es la competente para realizar obras tendientes a la mitigación del riesgo por fenómenos climatológicos o deformaciones geológicas y que se debe probar la omisión en la coordinación, concurrencia y complementariedad a que hacen alusión los actores.

Señaló que "debe tenerse en cuenta que los señores Silvio Alberto Cuevas Cuevas y Flor Marina Rincán Mesa, no lograron acreditar la titularidad de derechos reales sobre los predios "EL EUCALIPTU", "EL DIAMANTE", "SANTA ELENA", "EL EUCALIPTUS", "CASCAJO NEGRO", "EL EUCALIPTO", "LA HOYITA" "EL SALCEDO", ubicado en la vereda la Estancia del Municipio de Jericó, dado que no se aporta el certificada de libertad y tradición de los inmuebles ni de los elementos probatorios obrantes en el proceso se logró establecer la calidad de poseedores" (fl. 707 c.3).

4.2.3. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible *(fls. 714 a 716 vto. c.3).*

Manifestó que es la cartera encargada de regir la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio y de definir las políticas y regulaciones a las que se deben sujetar la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del ambiente.

Destacó que en el sub examine se configura una falta de legitimación material en la causa por activa, en la medida que los demandantes no lograron probar la relación jurídica de propiedad o de posesión sobre los predios que se dice fueron afectados con el deslizamiento de tierra presentado en la vereda "La Estancia", del Municipio de Jericó.

4.2.4. Municipio de Jericó *(fls. 717 a 723 c.3).*

Insistió que la situación presentada frente a los predios y perjuicios que reclama la parte actora, escapó a las posibilidades que tenía la administración para actuar, y que constituye un hecho imprevisible e irresistible propio de la fuerza mayor.

Agregó que no se probó el nexo causal entre los desastres alegados por los demandantes y conducta alguna de la administración que pueda ser constitutiva de falla administrativa. Por lo demás reiteró lo dicho con el escrito de contestación de la demanda.

4.3. Ministerio Público.

No emitió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Policía Nacional, contra la sentencia de ***23 de marzo de 2017****, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, dentro del proceso de la referencia.*

Los aspectos que motivan apelación contra la sentencia se contraen, en síntesis, a los siguientes argumentos:

- *La demandante probó los derechos reales de propiedad sobre los predios objeto del litigio.*
- *Se acreditaron los presupuestos de responsabilidad del Estado, para obtener reparación material y moral*
- *La Juez de primera instancia incurrió en una vía de hecho al no valorar las pruebas que se encontraban en el expediente.*

5.1. De la carga de la prueba.

El proceso judicial en su faceta probatoria es, en esencia, una actividad de reconstrucción de hechos, cuya demostración permite encuadrarlos o subsumirlos en el supuesto de las normas, para aplicar los efectos jurídicos que en las mismas se consagran y solucionar así una determinada controversia. De ahí que, excepto en los conflictos de puro derecho, la prueba tiene una importancia vital. Si el proceso es regido por el principio dispositivo, las partes deben llevar al juez los elementos de convicción de los hechos que afirman, para sustentar el derecho pretendido o para oponerse al mismo; o, en cambio, si se trata de un proceso regido por el principio inquisitivo, la iniciativa probatoria no está a cargo de éstas y será entonces el juez quien debe ejercer una amplia investigación de los hechos materia del proceso.

En el inciso final del artículo 103 del CPACA, que regula el objeto y principios de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, expresamente se estableció que:

> *"Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen*

> *funcionamiento de la Administración de Justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código"*

Esto indica, que la reforma introducida en esta Jurisdicción con la Ley 1437 de 2011, se inclinó por el principio dispositivo para la impulsión del proceso contencioso administrativo y el debate probatorio, o sea, que la parte que alega el hecho y reclama el derecho o se opone a él está obligada a suministrar la prueba, aunque conservando -como es la tendencia del derecho procesal moderno- elementos del sistema inquisitivo, tales como el poder para decretar pruebas de oficio en primera y segunda instancia. En tal virtud, la tarea investigativa se deja, en principio, a las partes, sin perjuicio que, excepcionalmente, el juez cuando sea estrictamente necesario decrete de oficio las pruebas que demanden la efectividad de los derechos de las partes, la justicia y la defensa del orden jurídico[2].

La Sección Tercera del Consejo de Estado, frente a la carga de la prueba, señaló en sentencia de 10 de junio de 2009, dentro de la acción contractual radicada bajo el número 52001-23-31-000-1997-08983-01, siendo demandado el INVIAS y actuando como ponente el Doctor Mauricio Fajardo Gómez, lo siguiente:

> *"La carga de la prueba es "una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos"*[3].
>
> *(...)*
>
> *Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.*[4]

---

[2] *"Régimen Probatorio, nulidades, incidentes e impedimentos". Álvaro Namén Vargas. Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado. Secretario Técnico de la Comisión de reforma. Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011.*

[3] *PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: "Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones." DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: "De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a caál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables." Ídem. pág 406.*

[4] *"La carga es un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir, que quien cumple con el imperativo (comparecer, contestar demanda, probar, alegar) favorece su interés y no el de cualquiera otro, como*

El tratadista DEVIS ECHANDIA define la expresión carga de la siguiente manera:

> *"[...] podemos definir la carga como un poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables."*[5]

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento."

En decisión más reciente, la Subsección B de esta misma Sección del Consejo de Estado, en sentencia de 30 de junio de 2011, siendo ponente el Consejero Doctor Danilo Rojas Betancourth, dentro del expediente No. 19001-23-31-000-1997-04001-01, precisó:

> *"12. Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como* 'onus prodandi, incumbit actori' *y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C*[4]*. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo* 'reus, in excipiendo, fit actor'. *A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C..."*

---

en cambio si ocurre con quien cumple una obligación o un deber. Precisamente, por ello no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja sin que su omisión se refleje en la esfera de un tercero. En la carga se está en pleno campo de la libertad. El sujeto tiene la opción entre cumplir o no cumplir su carga. Si no lo hace no tiene sanción, porque lo que se busca es facilitar la situación del sujeto ya que el fin perseguido es justamente un interés propio. Cuando se notifica el auto que abre el proceso, porque se acepta la pretensión, nace la carga para el opositor de comparecer y defenderse, contradecir, excepcionar. El opositor puede optar por hacerlo o no. Si no lo hace es él quien se perjudica. CARNELUTTI dice que la carga es un acto necesario y la obligación un acto debido. Es indudable que en el proceso más que obligaciones, abundan las cargas." (QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría general del proceso. Bogotá: Editorial Temis, 2000, pág. 460.)

Con el objeto de entender mejor la expresión carga, ver: MICHELI, Gian Antonio. La carga de la Prueba. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América 1961., pág. 60. Al respecto afirma: "La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de la carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídico relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma".

En consonancia con lo dicho advierte el tratadista Giuseppe Chiovenda: "Aunque no se puede hablar de un ***deber*** *de probar, sino sólo de una* ***necesidad*** *o* ***carga,*** *puesto que la falta de prueba da lugar a una situación jurídica análoga a la producida por el incumplimiento de un deber, ya que la parte a que corresponda la carga de probar soporta las consecuencias de la falta de prueba." CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de derecho Procesal Civil. México. Editorial Harla. 1997. pág. 395.*

[5] DEVIS ECHANDÍA. Op. Cit., pág. 401. El autor citado elabora una excelente presentación sobre las distintas posiciones teóricas sobre el contenido de la noción carga. Las mismas se pueden encontrar en: Ibid., págs. 378-401.

La misma Corporación, con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez, el 4 de junio de 2010, en sentencia proferida dentro del proceso Nº 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720), promovido por Ulises Manuel Julio Franco contra el Municipio de Santiago de Tolú, dijo:

> *"(...) El precepto que en el derecho positivo colombiano gobierna el tema, tratándose de los procedimientos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por virtud de la remisión que el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo efectúa al de Procedimiento Civil, es el artículo 177 de este último Estatuto, cuyo tenor literal es el siguiente:*
>
> *"Artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*
>
> *Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".*
>
> ***La referida norma legal desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo**: "incumbit probatio qui dicit non qui negat". **Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de la Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa**. Si aquél no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi; si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, una fallo adverso a sus intereses.*
>
> *Los planteamientos expuestos son, entonces, los que han de ilustrar el proceder del Juez ante la falta o la insuficiencia de los elementos demostrativos de los hechos que constituyen el thema probandum del proceso es decir, aquellos respecto de los cuales se predica la necesidad de su demostración, pues la autoridad judicial, en cualquier caso, no puede declinar su responsabilidad de resolver el fondo del asunto, de suerte que las anotadas reglas de la carga de la prueba indicarán si procede despachar favorablemente las pretensiones del actor o, por el contrario, si lo que se impone es acceder a la oposición formulada por la parte demandada.*
>
> *(...)*
>
> ***Así las cosas, en el presente caso la parte actora tenía la carga de acreditar, en primer término, el daño que le fue irrogado; a tal efecto, teniendo en cuenta que el accionante invocó la condición de propietario del predio que se vio afectado por la irrupción de las aguas debido a la alegada omisión en el cumplimiento de sus funciones por parte de las entidades demandadas, debía demostrar tal calidad de la manera que lo exige el ordenamiento jurídico, vale decir, tomando en consideración que la propiedad o la realización de cualquier negocio jurídico que afecte un derecho real respecto de un bien inmueble solamente puede probarse con la acreditación tanto del título** (contrato o el que haga sus veces, en el*

presente caso, la resolución administrativa que dio lugar a la apertura del folio de matrícula inmobiliaria aportado con la demanda y referido en apartado precedente) como del modo (tradición tabular) del cual se deriva la calidad de propietario, usufructuario, acreedor pignoraticio, etcétera; las normas que expresamente establecen una tarifa legal de prueba en esta materia —artículos 43 y 44 del Decreto-ley 1250 de 1970[4]— excluyen la posibilidad de que las anteriores circunstancias puedan acreditarse mediante la sola aportación de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o la del sólo certificado de registro, asunto en relación con el cual ha sostenido esta Sala: (...).

5.2. De la prueba del derecho real de dominio y de la posesión en bienes inmuebles.

En tratándose del dominio de las cosas inmuebles, el sistema civil Colombiano requiere para su perfeccionamiento que converjan el título y el modo, es decir, que para radicar la propiedad en cabeza de alguien es necesario, en primer lugar, que exista un título otorgado con la finalidad de transferir el dominio de una persona a otra, y, posteriormente, que esa transferencia se perfeccione mediante la efectiva entrega o tradición de la cosa, que es, precisamente, la verificación del modo.

En un primer momento la jurisprudencia del Consejo de Estado enseñó que la propiedad de un bien inmueble, a efectos de demostrar la legitimación por activa en un proceso que se adelante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se acreditaba con la escritura pública de compraventa y con la inscripción de ésta en la oficina de instrumentos públicos del lugar del inmueble. Faltando cualquiera de estos dos elementos se entendía que la propiedad no se encontraba probada y, por ende, quien comparecía al proceso en procura de la reparación de un daño no estaba legitimado materialmente en la causa para demandar. En providencia de 30 de enero de 2013, se precisó al respecto:

> *"Así las cosas, resulta indispensable aportar la escritura pública contentiva del contrato por medio del cual nació la obligación de dar (tradir el bien) y el certificado de registro o de tradición y libertad del inmueble que dé cuenta de la inscripción de la respectiva escritura, constitutiva de tradición. Es decir, la propiedad de un bien de esa naturaleza se acredita con la escritura pública (título) y con la inscripción de esta en la oficina de instrumentos públicos del lugar donde se ubica el inmueble (modo) y en el evento de omitirse alguno de estos dos elementos, se dará por entendido que la propiedad no se encuentra acreditada.[6]". (Subrayas adicionales).*

---

[6] *Consejo de Estado, Sentencia de 30 de enero de 2013, Exp. No. 63001-23-31-000-2001-00195-01(25086), C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.*

Empero, en ***sentencia de unificación de 13 de mayo de 2014****, el alto Tribunal recogió la tesis existente, para señalar que* ***con sólo el aporte del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos, resulta suficiente para acreditar en un proceso seguido ante esta jurisdicción la propiedad sobre un bien inmueble****. Explicó in extenso la providencia:*

> *"...No obstante lo anterior,* ***un análisis profundo de los antecedentes, características, finalidades y alcances del Sistema de Registro Inmobiliario en Colombia, permite llegar a una conclusión distinta*** *de la sostenida actualmente por la jurisprudencia, en el sentido de que* ***con sólo el aporte del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos, resulta suficiente para acreditar la propiedad sobre el bien inmueble objeto de debate, para efectos de la legitimación en causa por activa, tratándose de un proceso que se adelanta ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.***
>
> (...)
>
> ***iii) Alcance probatorio del registro y del certificado que del mismo se expida.***
>
> *Como consecuencia natural y jurídica de los anteriores planteamientos,* ***la inscripción o el registro del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos constituye prueba suficiente para acreditar el derecho de dominio, en especial cuando se pretenda demostrar este derecho en un proceso judicial que se tramite ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para efectos de tener por verificada la legitimación en la causa por activa en aquellos eventos en que se acuda al proceso en calidad de propietario sobre un bien inmueble, respecto del cual se fundamenten las pretensiones de la demanda.***
>
> *Ciertamente,* ***si el Estado considera como un servicio público el registro de instrumentos públicos por las finalidades de interés general que este sistema involucra y, si para ello le exige a los Registradores adelantar un procedimiento técnico, jurídico y especializado con el propósito de sólo inscribir aquellos títulos que reúnan los presupuestos legales previstos para ello,*** *decisión final –inscripción- que* ***se presume legal tanto por la presunción de legalidad propia de los actos administrativos, como por el principio de la legitimidad registral****, propio, a su vez, de los sistemas técnicos registrales como el contenido en el Decreto-ley 1250 de 1970 y en la Ley 1579 de 2012, según el cual el derecho inscrito en favor de una persona realmente le pertenece puesto que así lo dice el registro,* ***no puede más que concluirse que esa inscripción es suficiente para probar la propiedad respecto de un bien inmueble, en especial, cuando ese derecho pretende acreditarse para efectos de demostrar la legitimación por activa en un proceso de que se adelante en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.***
>
> (...)
>
> *Por lo anterior,* ***la sola certificación****, entendida como la constancia o fe que expide el Registrador acerca de la situación jurídica de los bienes sometidos a registro, mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones respectivas (artículo 54 del Decreto-ley 1250 de 1970),* ***sin duda constituye prueba suficiente, para el caso que aquí se examina, de la titularidad del derecho de dominio que se pretende hacer valer, puesto que en ese documento se hace constar tanto la persona que figura como titular de ese derecho*** *- valor constitutivo del derecho de dominio de la inscripción (modo de transferir el dominio)-* ***como que esa constancia se fundamenta en la realización de un acto de registro del título, el cual goza de una presunción de legalidad y legitimidad registral que debe necesariamente observarse y acatarse mientras no se demuestre –a través de los medios legales***

> ***previstos para ello- lo contrario,*** *en el entendido en que previamente se ha surtido todo un procedimiento especial, jurídico y técnico mediante el cual el registrador ha recibido, examinado, calificado, clasificado y finalmente inscrito el respectivo título.*
>
> (…)
>
> ***Con la tesis según la cual con la simple presentación del certificado resulta suficiente para tener acreditado la titularidad del derecho de propiedad en cabeza de la persona que figura en esa condición en el registro de instrumentos públicos****, no sólo no se está desconociendo la anterior normatividad, sino que, todo lo contrario,* ***se está garantizando su estricto cumplimiento****, por la sencilla, pero potísima razón, como se ha venido reiterando, de que* ***resulta condición indispensable, ineludible y necesaria para que el Registrador inscriba un título en el registro de instrumentos públicos cuando se trata de la transferencia de un derecho real de dominio, que este documento se hubiere presentado por el interesado en la forma en que dispone la ley para su existencia, esto es, tratándose de un contrato de compra-venta entre particulares respecto de un bien inmueble, a través de escritura pública en los términos del artículo 1857 del Código Civil****.*
>
> (…)
>
> *La circunstancia de que el juez administrativo, para efectos de tener por acreditada la legitimación en la causa por activa cuando el demandante acude al proceso en calidad de propietario de un bien inmueble, exija la presentación del original o copia auténtica de la escritura pública que sirve de título para la adquisición de ese derecho, además de la constancia de inscripción de dicho documento en la Oficina de Registros Públicos,* ***se traduce en un desconocimiento de la presunción de legalidad, de la legitimidad registral y del principio de la fe pública registral****, que se generan y deben observarse a partir de la expedición del acto administrativo de inscripción, actuación que ha sido dictada por el funcionario respecto del cual la ley le ha otorgado esa facultad, la cual se le exige cumplir con rigurosidad, a través, entre otros presupuestos, del análisis y examen -dentro de su competencia- del título traslaticio de dominio -escritura pública- que sirva de causa remata para la adquisición del derecho real respectivo sobre el bien inmueble correspondiente.[7]" (Resaltado de interés para la Sala).*

Finalmente, aclaró el Consejo de Estado que de manera alguna supone que en adelante única y exclusivamente deba aportarse el certificado o la constancia de la inscripción del título en el Registro de Instrumentos Públicos, puesto que si los interesados, a bien lo tienen, pueden allegar el respectivo y mencionado título y será el Juez el que en cada caso haga las consideraciones pertinentes; lo anterior, partiendo del entendimiento que la modificación jurisprudencial realizada hace relación únicamente con la posibilidad de probar el derecho real de dominio sobre un inmueble con el certificado del Registro de Instrumentos Públicos, en el cual conste que el bien objeto de discusión es de propiedad de quien pretende hacerlo valer en el proceso judicial correspondiente.

---

[7] *Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de 13 de mayo de 2014, Exp. O. 76001-23-31-000-1996-05208-01(23128), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.*

Ahora bien, si el demandante pretende la indemnización en calidad de poseedor del bien inmueble ocupado por el Estado, para probar su condición deben concurrir en el debate probatorio dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero atiende al poder físico o material que tiene el poseedor sobre la cosa, es decir el corpus; y el segundo, al animus, que exige que aquél tenga el ánimo de señor y dueño y se comporte como tal.

Este asunto, fue estudiado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, con ponencia del Consejero doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, en sentencia de 1° de octubre de 2014 dentro del expediente 25000232600020020034301 (33767), en los siguientes términos:

> *"(…) Entonces, quien pretenda demostrar que ejerce la posesión material sobre un bien, sea en su propio nombre o en el de un tercero poseedor, deberá acreditar, mediante prueba idónea, los dos elementos constitutivos de ella, a saber: i) el corpus, es decir la manifestación externa o el conjunto de actos materiales que se realizan en virtud de la posesión, a partir de los cuales se revela una relación material, directa o indirecta, entre una persona y una cosa y ii) el animus, esto es, que los actos materiales se realicen con la voluntad de considerarse como titular del derecho, con el ánimo de señor y dueño, es decir, sin reconocer dominio ajeno. Dicho esto, la Sala verificará si los demandantes acreditaron los elementos integradores del derecho de posesión que afirmaron tener sobre el inmueble objeto del litigio."*

5.3. De la aptitud probatoria de los medios de juicio allegados al proceso.

5.3.1.1. De la prueba testimonial.

La ley procesal exige, en cuanto a la valoración de la prueba testimonial, que la declaración sea exacta y completa, que esté calificada por las circunstancias de tiempo, modo y lugar; y que tenga apoyo sobre el contenido de lo declarado[8]*. Para la valoración del testimonio debe tenerse en cuenta los aspectos relativos a su validez, legalidad y eficacia.*

[8] ***Artículo 221. Práctica del interrogatorio. La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas:***
(…)
3. El juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo*, para lo cual* ***exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento****. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance. (Negrilla de la Sala).*
(…)

Estos son los dichos de los testigos traídos al proceso en sus acápites más importantes:

- ***José del Carmen Silva Silva***[9] *(agricultor).*

> *"El Silvio Alberto, perdió lo de agricultura, la alfalfa, el maíz la papa y la breva (…) en esa época se vendía una tonelada de alfalfa cada dos meses que costaba entre 700 y 800 mil pesos (…) lo del maíz se cultivaba una fanegada, de papa se cultivaba media fanegada, todo se cultivaba en la misma vereda. La breva si él tenía unas 300 matas (…) después de la avalancha quedo todo destruido, revolcado que no se sabía dónde quedaban las casas, hubo casas que quedaron a más de 20 metros por lo que estaba revolcado el piso. Para nosotros no hubo ayuda de parte de las instituciones. (…) desde la fecha de la avalancha a la fecha tal vez si han ido las ayudas pero después de que se necesitaba (…) actualmente en esos terrenos no se puede hacer nada porque eso esta en zona de riesgo y no dejan ir a vivir la gente allá (…) actualmente restablecieron algunas vías y la mayoría de gente viviendo allá pero eso es un riesgo y tomando agua sucia (…) al señor Cuevas, le ha tocado volver a sus predios por necesidad y actualmente yo creo que él esta bregando de sembrar una mata de papa una mata de cebolla porque pasto no se puede (…) el valor de la fanegada de tierra antes de la tragedia era de 50 o 60 millones allá, porque era que deba en cantidad (…) la administración municipal nunca nos capacitó antes de la tragedia (…) el predio el eucalipto estaba todo cultivado de pasto de alfalfa, el Diamante lo mismo (…) el Predio Santa Elena tenía alfalfa, papa, maíz y la breva (…) el cascajo negro, la mayoría pasto y maíz y la hoyita lo mismo (…) la alfalfa le vendía la alfalfa a una cooperativa del pueblo.*

Crisóstomo Fonseca García[10] *(agricultor).*

> *"el 29 de abril de 2011 hubo el deslizamiento, quedando 187 casas destruidas, acabado toda la zona era el eje de los ingresos del municipio, donde se trabajaba con la agricultura, la alfalfa era la más productiva; allí se derrumbó y se acabó todo y quedamos a la deriva (…) el señor Silvio, perdió el presente, el futuro de todo su núcleo familiar, porque al tenerlo todo y perderlo todo pierdo uno todo, tenía su microempresa de la alfalfa de donde tenía el sustento diario para todo, el estudio de sus hijos, él tenía su casino o secadero de alfalfa, su maquinaria y todo se perdió ahí (…) él cultivaba y procesaba la alfalfa en las finca que tenía él, le conozco más o menos unas seis fincas que tenía hace mucho tiempo, él tenía más o menos unas 6 o 7 hectáreas (…) en ese tiempo se vendía una tonelada en 500 o 550 mil pesos y una hectárea daba de dos a tres toneladas el corte, es un cultivo de larga duración (…) ésta zona del país una plantación se maneja de 20 a 25 años de producción, entonces no son cultivos de rotación, sino duraderos (…) los cultivos al momento del desastre se encontraban produciendo con una frecuencia de corte de cada 45 días y se extraía unas 15 a 20 toneladas por corte (…) luego del deslizamiento en toda la zona nó se ha vuelto a tener los cultivos, se está empezando a cultivar nuevamente pero todavía no hay de eso nada porque no hay adecuaciones ni ayudas del estado por ninguna parte (…) algunos predios los tenía de toda la vida, algunas propiedades las adquirió hace unos 10 años, todos los predios se ubican en el sector Santa Elena, en la parte alta de la vereda "La Estancia", era una vereda muy poblada era la más productiva, era la parte que más se mantenía produciendo en los veranos y después de la tragedia quedó totalmente en escombros (…) la comunidad en afectación física no pasó nada, no hubieron muertes, en lo moral cuanto va a quedar una persona cuando queda en la*

[9] *(min. 00:07:51 a 00:56:46- cd visto a folio 553 del c.2-).*
[10] *(min. 00:58:00 a 01:33:15- cd visto a folio 553 del c.2-).*

> *ruina queda a la deriva que no le ha quedado nada. Lo primero que llego a prestarnos el auxilio fue el ejército y la policía y las demás autoridades llegaron después (...) el señor Cuevas, tenía su casa bien habitable, su secador de alfalfa, con molinos Penagos y motores eléctricos de 18 y 20 caballos de fuerza (...) antes de la tragedia no recibimos ningún tipo de capacitación sobre el manejo de aguas, así como tampoco se contaba con licencias de manejo de aguas; el agua se utilizaba por gravedad y con un fontanero que la distribuye entre los habitantes (...) las autoridades municipales se dieron cuenta de que se manejaba esa modalidad de riego porque ellos en ocasiones suministran materiales para la construcción y el mantenimiento de los mismos (...) la vereda después de la tragedia quedó totalmente destruida, lo que quedó para trabajar fue la parte baja y supuestamente salió un programa de vivienda y no a han entregado nada (...) todas las autoridades dicen que la vereda "la Estancia" está en alto riesgo, pero a pesar de eso, el señor Silvio Alberto y yo estamos trabajando en el sector porque no tenemos otra manera (...) el señor cuevas actualmente está tratando arreglar sus cultivos sembrando cebolla (...) actualmente el municipio sigue cobrando el impuesto predial (...) actualmente el señor Silvio Cuevas, tiene una vivienda, una casita en bloque pequeña pero sin servicios de agua y luz".*

Advierte la Sala que la apoderada judicial de la demandada CORPOBOYACÁ, coadyuvada por las demás entidades accionadas, tacharon el testimonio rendido por los señores José del Carmen Silva Silva y Crisóstomo Fonseca García, por considerar que está afectado al ser demandantes en otro proceso que tiene el mismo objeto que esta demanda.

Dirá la Sala, en consonancia con lo señalado por el calificador de primer grado (fls. 646 vto. c.3), que el objeto de los testimonios era acreditar los daños sufridos por los demandantes como consecuencia del desastre natral ocurrido el 29 de abril de 2011, en la vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, y las preguntas se basaron en las circunstancias personales del demandante.

Atendiendo que el testimonio es un medio de prueba que consiste en la "declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, ***sobre lo que sabe*** *respecto a un hecho de cualquier naturaleza (...)"[1] -resaltado fuera de texto-, las personas que tuvieron conocimiento directo del desastre natural y quienes pueden dar fe sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del mismo, son los vecinos del área afectada.*

De probarse los daños antijurídicos en este proceso, no conlleva a acreditar los hechos de la demanda en la que el testigo es actor, en tanto, si bien, la causa del presunto daño es el mismo, las circunstancias personales de las pérdidas materiales y morales son diferentes.

---

[1] *Devis E., Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Segunda Edición. Pág. 33.*

Por lo anterior, no prospera la tacha sobre la imparcialidad del testigo.

6. Caso concreto.

Los señores Silvio Alberto Cuevas Cuevas y Flor Marina Rincón Mesa, en el hecho segundo de la demanda (fls. 6 a 9 c.1), manifestaron ser ***propietarios*** *de los predios "El Eucaliptus" (sic), "El Diamante", "Santa Elena", "El Eucaliptus" (sic), "Cascajo Negro", "El Eucalipto", "La Hoyita" y "El Salcedo"; inmuebles que en este proceso se cusan afectados con ocasión del desastre natural ocurrido el 29 de abril de 2011, en la vereda "La Estancia", del Municipio de Jericó.*

El Juzgado, al efectuar el estudio de la legitimación material en la causa por activa, indicó que la parte actora no probó la titularidad de dominio sobre los terrenos objeto de la controversia, en la medida que no reposa en el plenario documento alguno que dé cuenta del derecho de propiedad radicado en cabeza de los aquí accionantes, ni mucho menos instrumento público que informe la inscripción del título que diera lugar a ello.

Con el recurso de apelación, la parte demandante discutió que "fueron reconocidos como damnificados por las afectaciones a los inmuebles donde subsistían por cuya virtud pagaban los tributos del impuesto predial acorde a las escrituras debidamente registradas y contratos de compraventa que la propiedad y posesión material de los predios afectados pertenecen a la Parte Demandante, que pagaban los impuestos desde el año 1969, 1987, 1990,, 1992, 1996, 1997 y 1992 (sic), cuando fueron adquiriendo sus predios y que, la Parte Demandante no desconoció la propiedad, el Municipio de Jericó no se pronunció respecto de las propiedades" (fl. 681 c.3).

En este orden de cosas, y como fuera precisado en precedencia, para acreditar el derecho de propiedad sobre un bien inmueble, el interesado deberá acreditar que el acto traslaticio de dominio (título), quedó perfeccionado a través de la tradición, conforme a las leyes que rigen el asunto (modo), lo cual se logra con la inscripción del título en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos, siendo entonces el certificado de libertad y tradición del bien el documento idóneo para acreditar el derecho de propiedad.

En el contexto de la demanda, y de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, encuentra la Sala acreditado lo siguiente:

Predio	***Documento allegado para acreditar la propiedad***
El Eucaliptu	*- Escritura Pública No. 28 del 08 de abril de 2010 (fls. 21 a 24 c.1), de la Notaría Única del Círculo de Chita (clase de acto:* ***compraventa de derechos y acciones).*** *- Folio de matrícula inmobiliaria No. 094-0020724 (fl. 25 vto. c.1) -Especificación:* ***compraventa de derechos y acciones-.***
El Diamante	*- Escritura Pública No. 136 del 22 de noviembre de 2001 (fls. 26 a 29 vto. c.1), de la Notaría Única del Círculo de Chita (clase de acto:* ***compraventa de derechos y acciones).*** *- Folia de matrícula inmobiliaria No. 094-0016292 (fl. 30 vto. c. 1) - Especificación:* ***compraventa de derechos y acciones-.***
Santa Elena	*- Escritura Pública No. 120 del 16 de septiembre de 2004 (fls. 31 a 35 vto. c.1), de la Notaría Única del Círculo de Chita (clase de acto:* ***compraventa de derechos y acciones).*** *- Folio de matrícula inmobiliaria No. 094-0017662 (fl. 36 vto. c.1)- Especificación:* ***compraventa de derechos y acciones-.***
El Eucaliptus	*Contrato de venta celebrado el 29 de diciembre de 1983 (fls. 37 a 38 c.1).*
El Cascajo Negro	*Contrato de compraventa celebrado el 12 de junio de 1986 (fls. 39 a 40 c.1).*
El Eucalipto	*Contrato de compraventa celebrado el 10 de marzo de 2010 (fls. 43 a 44 c.1).*
La Hayita	*Contrato de compraventa celebrado el 14 de junio de 1996 (fls. 43 a 44 c.1).*
El Salcedo	*Contrato de compraventa celebrado el 11 de febrero de 1993 (fls. 45 a 46 c.1).*

De las pruebas documentales deviene claro que los señores Cuevas Cuevas y Rincón Mesa, ***no son titulares del derecho real de dominio*** *respecto de los mencionados predios. Es así como en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente a los inmuebles denominados "El Eucaliptu", "El Diamante" y "Santa Elena",* ***no hay anotación sobre propiedad alguna****, dando cuenta únicamente*

dichos instrumentos públicos de la ***compraventa de derechos y acciones***[12]*, acto jurídico que como bien lo señalara el Juzgador de primer grado no genera per se un título traslaticio de dominio, sino una expectativa frente al derecho real de propiedad, situación que en el derecho privado se conoce como* ***falsa tradición****, esto es, la realización de actos que no se derivan, valga la redundancia, del derecho de propiedad o dominio (esta figura jurídica tiene como características que no se transfiere la propiedad y no permite ejecutar actos de señor y dueño tales como: enajenar el bien, englobar, construir servidumbres, propiedad horizontal, entre otros).*

De otra parte, los contratos de compraventa de los terrenos "El Eucaliptus", "Cascajo Negro", "El Eucalipto", "La Hoyita" y "El Salcedo", arrimados por los demandantes, ***no constituyen a juicio de esta Sala prueba del derecho real de dominio****, como quiera que tales negocios jurídicos, en voces del artículo 29 del Decreto No. 1250 de 1970, deben inscribirse en el registro para que produzcan los efectos acordados por las partes, esto es, la constitución, aclaración, adjudicación, modificación,* ***traslación*** *o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces.*

Y es que no puede ser de otra manera si se tiene en cuenta el artículo 749 del Código Civil, establece que "si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas", disposición que acompasa con lo previsto en los artículos 1857 y 756, de ese mismo estatuto, esto es, en su orden, que "la venta de los bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley mientras no se ha otorgado escritura pública", y que "la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos".

Véase como la certificación de 02 de octubre de 2013 (fl. 154 c.1), suscrita por el Tesorero del Municipio de Jericó, da constancia que en los datos del catastro, actualizados al año 2013, no se encontró que el señor Silvio Alberto Cuevas, registre propiedad a su nombre, especialmente en la vereda "La Estancia".

En este estado de las cosas, es imprescindible destacar que en tanto la propiedad es una situación que exige una relación jurídica con el inmueble, ***las pruebas deben dirigirse a acreditarla de forma diáfana****. Entonces, si se presenta la*

---

[12] *Véase Escrituras Públicas Nos. 28 de 2010 (fls. 21 a 24 c.1). 136 de 2001 (fls. 26 a 29 vto. c.1) y 120 de 2004 (fls. 31 a 35 vto. c.1).*

demanda en calidad de propietario, la mínima carga procesal que le asiste a la parte activa, es probar esta condición, de forma que el juez no tenga duda sobre la estructuración de sus elementos configurativos.

6.1. De la calidad de poseedores de los demandantes.

Dirá este Tribunal que ninguna prueba documental aporta elementos de juicio suficientes que le permita derivar al juzgador convicción sobre la posesión material de los demandantes en los bienes inmuebles.

Igualmente, la prueba testimonial no tienen la fuerza suficientes para acreditar que los libelistas ejercían la posesión sobre los predios, pues como se dijo en un acápite anterior, se basaron en el desastre natural ocurrido el día 29 de abril de 2011, y los daños materiales y morales que sufrió el demandante, ***pero no si éste, era poseedor.***

Véase como la declaración de los testigos fue genérica sobre ese aspecto –la posesión-, se refirieron a algunas fincas del señor Silvio Alberto Cuevas, ubicadas en la vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, ***pero no las identificó****.*

Y si bien el testimonio del señor Silva Silva, hizo referencia precisa a unos predios ("El Diamanta", "El Eucalipto", "Santa Elena" y "El Cascajo Negro"), cierto es que no precisó sus linderos o identificación inmobiliaria, de forma tal que no hubiese duda sobre el bien de que se trata.

Sobre el particular, dirá la Sala que el testimonio debe ser ***completo****, es decir, resulta necesario que aborde de forma clara, precisa y cabal el hecho que narra. Así, si se trata de acreditar la posesión sobre un inmueble, como ocurre en este caso, debe por lo menos identificar su ubicación y linderos. Además, como es el* ***único testimonio*** *respecto de la posesión, exige una valoración más rigurosa y contraste frente a otros medios de convicción, pues con éste no se llegó a la conclusión clara sobre la posesión.*

Se advertirá que la actividad probatoria fue insuficiente y no permitió al juzgador obtener un conocimiento sobre la calidad de poseedor de los demandantes.

Como se ha expuesto en esta providencia, la prueba de la posesión requiere una conducta especial de quien se quiere aprovechar de la protección especial que el ordenamiento jurídico le otorga; el Consejo de Estado ha señalado[13]*:*

> *"...Encuentra la Sala que el actor no demostró su condición de poseedor respecto del predio que dice le fue ocupado permanentemente por la Nación.*
>
> *(...)*
>
> *3. En la demanda se afirmó que el predio que dice poseer el demandante está identificado. Igualmente este hecho tampoco se demostró y por lo tanto falta la prueba necesaria para determinar el lugar de realización de los actos materiales de posesión. En relación con el hecho a probar - lugar de la posesión - reposan los siguientes medios de prueba: (...)*
>
> *4. En la demanda también se aludió a las Escrituras públicas suscritas por el actor con terceros, en la cuales constan los contratos de compra venta de los derechos de posesión sobre mejoras, construcciones y dominio sobre el predio San Agustín ubicado en la vereda la Cajita (jurisdicción de Melgar, departamento del Tolima), **sin embargo tales medios de prueba sólo dan fe de la celebración de esos negocios jurídicos, pero no de la calidad de poseedor** de los mismos por parte del demandante, ni del lugar que se indican en dichas escrituras, porque la posesión requiere de la prueba de la materialidad, no es cosa de documentos; esas escrituras son las siguientes y asentadas en las siguientes fechas: (...)*
>
> *"...La posesión comporta dos dimensiones en la relación jurídica, una física u objetiva*[14] *(aprehensión material de la cosa) potestad de hecho sobre la cosa, y una subjetiva o animus*[15] *que denota la intención o voluntad especial que debe tener el que ha aprendido la cosa de mantenerla en su poder, obrando de manera semejante al propietario, y con el carácter de señor y dueño de la cosa. [...] Teniendo en cuenta la doble dimensión del hecho jurídico de la posesión, la física de aprehensión material de la cosa y la subjetiva de voluntad o intención de mantenerla en su poder, **en principio la prueba de la posesión estará dada por la demostración del ejercicio del poder de hecho sobre la cosa, unido a la afirmación de que se está poseyendo para sí** (presunción contenida en el art. 762 Código Civil)." (negrilla y subraya no originales).*

Conforme al contenido de esta sentencia, los aspectos subjetivos y objetivos de la posesión deben quedar suficientemente acreditados, evento que no ha ocurrido en este caso en donde a más de las manifestaciones de la actora, nada hay en el proceso que pruebe la posesión del inmueble afectado con el desastre natural.

---

[13] *Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Doctora MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, sentencia de 10 de julio de 2003, expediente: 73001-23-31-000-1993-9918-01(11163), Actor: Antonio María Tamayo Ortiz, Demandado: Nación Ministerio de Defensa Nacional.*

[14] *Esta relación es conocida como corpus, y es uno de los elementos esenciales de la posesión, junto con el animus, según la corriente doctrinaria imperante en Colombia., que es la subjetivista, la cual postula que la posesión es un hecho que goza de la protección del Estado por la existencia del animus. Por lo tanto la sola detentación material de la cosa no configuraría la posesión como tal; la aprehensión es por esto un hecho. Por lo anterior el animus es el elemento diferenciador de la posesión con otras instituciones. Existen otras teorías como la objetiva, que supone que el corpus supone el animus, y que los dos elementos forman un todo inescindible.*

[15] *Este elemento de carácter subjetiva aparece claramente consagrado en el código civil al decir "con el ánimo de señor y dueño.*

De todo cuanto se ha expuesto, es claro que el Consejo de Estado exige como requisito sine qua non para la indemnización por daños a bienes, que se acredite la condición jurídica del demandante respecto a ellos, ora como poseedor o propietario, exigencias que no son ajenas al caso como el que convoca el presente estudio.

Elementos como el de la legitimación ***material*** *por activa, que es condición necesaria y anterior (presupuesto) para el éxito de la pretensión, como también atributo del principio indemnizatorio, debía estar plenamente acreditado, mucho más, si para ese fin la ley exige solemnidades especiales (propiedad) y la jurisprudencia en el caso de la posesión especificidades determinadas, sin que para remediar un defecto probatorio, achacable sin duda a la actora, sea procedente echar mano de la buena fe para establecer el interés del demandante.*

Bajo este panorama y visto como está que los accionantes no acreditaron el interés para demandar derivado de su condición de propietario o poseedor de los inmueble que se dicen fueron afectados, no se satisface el requisito de la legitimación material en la causa por activa y, en consecuencia, es forzoso confirmar la sentencia.

Por contera, no procede la indemnización por concepto de lucro cesante o daño emergente, en tanto estos perjuicios están ***vinculados*** ***a los predios respecto de los cuales, como se dijo, no se probó el derecho real de dominio o posesión****. Bastará agregar que, de acuerdo con el artículo 716 del Código Civil, los frutos naturales de una cosa, esto es, los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana (art. 714 C.C.),* ***pertenecen al dueño de ella o a su poseedor****, a menos que se haya celebrado contrato de usufructo o de arriendo con ese objeto, lo cual en este caso no se vislumbra siquiera lejanamente.*

Sobre los frutos naturales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia proferida el 16 de septiembre de 2011, con ponencia del doctor Arturo Solarte Rodríguez, dentro del proceso radicado bajo el número 19001-3103-003-2005-00058-01, dilucidó:

> *"Apreciados en conjunto los preceptos que se dejan reproducidos, se establece que, tratándose de bienes inmuebles, son frutos naturales tanto los vegetales (yerbas, plantas, árboles, etc.) que de la tierra brotan, con o sin la ayuda de los seres humanos, esto es, espontáneamente o como consecuencia de un cultivo, y la*

totalidad de las cosas que ellos -los vegetal- produzcan, como frutas, flores, semillas, hojas, madera, etc.

En torno del artículo 714 del Código Civil, la Corte tiene precisado que "[e]sta definición comprende tan sólo los frutos que suministra la naturaleza, con o sin el concurso de la industria del hombre. A la primera clase, o sea a los que se obtienen sin intervención humana, pertenecen las yerbas de los campos, los bosques y las crías de los animales; y a la segunda, los pastos artificiales, los productos de la minas y canteras y las cosechas que se obtienen mediante el concurso del hombre, como las de café, trigo, cebada, etc." (Cas. Civ., sentencia del 30 de junio de 1925, G.J. XXXII, pág. 10).

*Para la doctrina, "[l]os frutos son rendimientos económicos que se extraen de las cosas conforme a su destino y sin alterar su esencia. Es suficiente que se trate de simples rendimientos económicos de la cosa, obtenidos dentro de una explotación regular. El art. 714 del Código comprende tanto los rendimientos orgánicos como los inorgánicos, pues en forma amplia se refiere ese texto legal a cuanto produzca la naturaleza, y el art. 717 abarca los rendimientos jurídicos o civiles (...). El Código Civil [colombiano] no exige la periodicidad; por consiguiente, los árboles, la arena y demás productos inorgánicos, son frutos, a condición de que se obtengan dentro de una explotación normal de la cosa"[16]. En torno de ese diverso tratamiento de los frutos en el sistema legal colombiano y el francés, se ha observado igualmente que "[n]uestra legislación no distingue "productos" y "frutos" no obstante obedecer estas denominaciones a conceptos diferentes"[17] y que "[e]n nuestro Código, se ha dicho (art. 713), no se hace distinción entre frutos naturales y productos, que son los objetos que se separan de una cosa con detrimento paulatino de ella, como las rocas, mármoles, arena o piedra de una cantera, o el mineral sacado de una mina cuya explotación forzosamente altera la sustancia del bien que los produce **En tal supuesto -el de los bienes inmuebles-, la tierra, como tal, es decir, el suelo mismo, es "la cosa que los produce" y los vegetales que nazcan (yerbas, plantas, árboles), así como lo que éstos produzcan (frutas, flores, semillas, hojas, etc.), son los frutos**.". (Resaltado fuera de texto original).*

En relación con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia proferida el 20 de marzo de 2014, con ponencia de la doctora Margarita Cabello Blanco, en el expediente radicado con número 05045 3103 001 2007 00120 01, expuso:

*"(...)**Frente a la materialidad de los actos posesorios su necesidad de prueba es incontrovertible**, máxime cuando con aquella, en este caso por la ruta de un medio exceptivo, se pretende enervar la acción de dominio promovida por la parte actora a partir de una agregación posesional.*

(...)

Al respecto, no huelga memorar —además que sobre el tópico las decisiones de instancia aludieron al tema— que es esa y no otra la razón fundamental para que haya desaparecido de nuestro derecho la denominada posesión tabular, como de antigua lo expresó esta Corte al advertir: "La llamada posesión inscrita no es

[16] *Valencia Zea, Arturo, Ortiz Monsalve, Álvaro. "Derecho Civil - Derechos Reales". Tomo II. Editorial Temis, Bogotá, 1999, pág. 148; se subraya.*
[17] *Gómez R., José J. "Derecho Civil II. Los Bienes". Conferencias dictadas en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurid*

> ***posesión.*** *Un uso indiscriminado de la palabra "posesión" vino a colocar aquélla al lado de la material, como si se tratase de dos especies de un mismo género. Lo mismo sucedió en España, según Jerónimo González y Martínez ("Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil", 1948. Tomo 2, página 65), con motivo de la ley hipotecaria de 1861, la que, siguiendo el modelo del Código Civil austriaco, introdujo una posesión tabular o inscrita, incompatible con la material, la cual quedó eliminada. Nada más erróneo que hacer de la llamada "inscrita" una especie de posesión, porque la posesión es conjugación de dos elementos, subjetivo el uno y objetivo el otro;* ***porque es poder físico directo sobre las cosas, en virtud del cual se ejecutan sobre ellas actos materiales de goce y transformación, sea que se tenga el derecho o que no se tenga; por ella obtenemos de los bienes patrimoniales el beneficio señalado por la naturaleza o por el hombre; ella misma realiza en el tiempo los trascendentales efectos que se le atribuyen, de crear y sanear el derecho, brindar la prueba óptima de la propiedad, y llevar a los asociados orden y bonanza; y es ella y no las inscripciones en los libros de Registro, la que realiza la función social de la propiedad sobre la tierra, asiento de la especie y cumbre de las aspiraciones de las masas humanas****". (Resaltado fuera de texto). (Cas. Civ. Sentencia de 27 de abril de 1955, G. J. t. LXXX, N° 2153, p. 87)." (Negrilla fuera de texto original)*

6.2. De la vía de hecho por defecto procedimental.

El concepto de vía de hecho por defecto procedimental, alegado por el demandante en la alzada, ha sido perfilado por la Corte Constitucional en la línea jurisprudencial que se refiere a la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. En términos generales, ha establecido que en estos eventos, sólo es posible acceder al mecanismo de protección constitucional cuando el juez incurre en una vía de hecho por un defecto sustantivo, orgánico, fáctico y/o procedimental.

El defecto procedimental, que es el que interesa a la Sala para el presente estudio, tiene lugar cuando en desarrollo de la actividad judicial, el funcionario se aparta de manera evidente y grotesca de las normas de procedimiento o en los eventos de exceso ritual manifiesto que redunden en la efectividad de los medios de protección judicial y en la vigencia de los derechos fundamentales. Así las cosas, el máximo órgano de cierre en materia constitucional en la sentencia T – 781 de 2011, con ponencia del doctor Humberto Antonio Sierra Porto, explicó:

> *"El denominado defecto procedimental tiene soporte en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política referentes a los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales.*
>
> *(...)*
>
> *Así, se han reconocidos dos modalidades de defecto procedimental, uno absoluto, que se produce cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecidos para el trámite de un asunto concreto, bien sea porque: i) sigue un trámite totalmente ajeno al pertinente y en esa medida*

equivoca la orientación del asunto[18]. u ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso[19]. Y un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, que tiene lugar cuando el funcionario arguye razones formales a manera de un impedimento, que sobrevienen en una denegación de justicia.[20]

No obstante, en definitiva, el desconocimiento del procedimiento debe tener unos rasgos adicionales para configurar el defecto bajo estudio: a) debe ser un error trascendente que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y que tenga una influencia directa en la decisión de fondo adoptada y, b) debe ser una deficiencia no atribuible al afectado.[21]"

De igual manera, se ha considerado que es posible que el Juez pueda incurrir en exceso ritual manifiesto si realiza una valoración probatoria al margen del sistema de la razón, las reglas de la experiencia y la sana crítica. Así las cosas, la Corte Constitucional, sostuvo:

*"En cuanto al ámbito probatorio del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, esta corporación en sentencia T-973 de 2004, tras reiterar la ratio decidendi de la sentencia T-1306 de 2001[22], consideró que la facultad y la libertad de valoración de las pruebas por parte de los jueces, según la sana crítica, **no constituye elemento suficiente ni válido si llega a desconocer la justicia material; de donde, una correcta administración de justicia supone**: "(1º) Que en la aplicación del sistema probatorio de libre apreciación no se incurra, (i) ni en exceso ritual manifiesto, (ii) ni en una falta de valoración de las pruebas desconociendo la obligación legal y constitucional de apreciarlas en su conjunto, verbi gracia, (a) ignorando la existencia de alguna, (b) omitiendo su valoración o (c) no dando por probado un hecho o circunstancia que del material probatorio emerge clara y objetivamente. (2º) Que en el desarrollo de la sana crítica el juez se sujete a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, por ejemplo, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas."*

Por otra parte, interesa recordar que la causal de procedibilidad en estudio se suele presentar, de acuerdo con el criterio mayoritario de la Corte Constitucional, en relación con el denominado "defecto fáctico", que refiere a la, existencia de problemas de hecho y de apreciación de pruebas[23]:

El defecto fáctico, según ha estipulado la jurisprudencia de la Corte, es un error relacionado con asuntos probatorios, que tiene dos dimensiones. Una dimensión negativa, que se produce por omisiones del juez, como por ejemplo, (i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante

---

[18] Sentencia T-996 del 24 de octubre de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández.
[19] Ibídem. Sentencia T-261 del 03 de abril de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
[20] Ídem.
[21] Así por ejemplo, se configura un defecto procedimental cuando se deja de notificar una decisión judicial a raíz de lo cual la parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión. Sin embargo, si la falta de notificación no tiene efectos procesales importantes, si se deriva de un error del afectado, o si la misma no produjo una consecuencia tangible – por ejemplo por que el afectado tuvo oportunidad de conocer el acto por otros medios – , no procederá la tutela. Al respecto, ver las sentencias T-538 de 1994, SU-478 de 1997 y T-634 de 1998.
[22] Se fundamentó a su vez en la sentencia C-029 de 1995, (M. P. Jorge Arango Mejía), relativa a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales.
[23] T-654A/09 (septiembre 1º). M. P. María Victoria Calle Correa.

en el desenlace del proceso;[24] *(ii) por decidir sin el "apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión";*[25] *(iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo.*[26] *Y una dimensión positiva, que tiene lugar por actuaciones positivas del juez, en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión;*[27] *o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia*[28]*."*[29]

En el sub examine, no le asiste razón a la parte apelante al indicar que se incurrió en una vía de hecho por defecto procedimental, en tanto, en su criterio, en el plenario, obran todas las pruebas que permiten derivar una responsabilidad civil extracontractual en contra del Estado, por el daño antijurídico causado en su calidad de propietarios de unos inmuebles por el desastre natural ocurrido en la Vereda "La Estancia" del Municipio de Jericó, el 29 de abril de 2011 y en consecuencia, surge su derecho a la reparación integral.

Si bien el desastre natural fue reconocido en el plenario, no es menos cierto que la activa obvió su obligación de probar ser titular del derecho de dominio o poseedor de los bienes respecto de los cuales pretendía los perjuicios, lo que a la postre, impidió la prosperidad de su súplica. Así las cosas, de ninguna manera pueden considerarse que se incurre en una vía de hecho cuando por un yerro atribuible a la parte misma, no se pudo estructurar la responsabilidad del Estado.

Ahora, aunque está acreditado en el proceso que los demandantes fueron reconocidos como damnificado (fls. 155 a 156 c.1), ello no demuestra más allá de lo que se consigna, es decir, tal condición como habitantes de la cabecera municipal de Jericó, pero, en materia de los daños contiene únicamente un reporte suyo; para efectos judiciales, era deber de los accionantes probar qué bienes, dónde se encontraban ubicados, cuáles eran las actividades que desarrollaba, porqué y cómo

---

[24] *"En la Sentencia T-442 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte concedió la tutela contra una sentencia, porque en ella el juez "ignoró, sin motivo serio alguno, la realidad probatoria objetiva que mostraba el proceso", siendo que, de haberla tenido en cuenta razonablemente se habría tenido que tomar una decisión diferente."*

[25] *"Véase la citada Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Se refiere específicamente a "falta de las pruebas suficientes."*

[26] *"La Corte en la Sentencia T-417 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, tuteló los derechos fundamentales de la peticionaria, que habían sido violados por providencias judiciales que omitieron decretar de oficio una prueba pericial, en un supuesto en que estaban habilitados por la ley."*

[27] *"En la Sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte no concedió la tutela contra una sentencia penal, porque la prueba ilícitamente obtenida no era la única muestra de culpabilidad del condenado. Pero consideró que había un defecto fáctico cuando el juez "aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas torticeramente [29 C.P.]."*

[28] *"En la Sentencia T-1082 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto prosperó una tutela contra providencia judicial, porque había declarado la existencia de un contrato de arrendamiento partiendo de una prueba que no era aceptada por la ley como conducente para esos efectos."*

[29] *Corte Constitucional. Sentencia T-386 de 2010. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.*

lo hacía, de forma que en tales condiciones, el juzgador contara con los elementos mínimos para examinar los elementos que configuran responsabilidad del Estado.

Siendo así las cosas, la Sala confirmará la sentencia recurrida, por las razones que se expusieron en precedencia, sin que sobre señalar que el criterio acá vertido es coincidente con el precedente horizontal contenido en la sentencia proferida el ***28 de septiembre de 2015*** *en el proceso con Radicación No. 15238333300220130004l-01, siendo demandantes José del Carmen Silva y Otros, en el que se decidieron hechos similares a los que ocupan este plenario.*

7. De las costas en esta instancia.

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en ***sentencia de 7 de abril de 2016****, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:*

> *"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
> ***a)*** *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.*
> ***b)*** *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
> ***c)*** *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
> ***d)*** *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
> ***e)*** *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

> ***f)*** *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[30], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
> ***g)*** *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".*

Al tenor de los literales 1° y 3° del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación y cuando se confirme en todas sus partes la sentencia de primera instancia. A su vez, esta norma en el numeral 8°, dispone que habrá lugar a costas cuando aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. En cuanto se refiere a la segunda instancia, los Ministerios de Vivienda, Ciudad y Territorio (fls. 699 a 707 c.3), Agricultura y Desarrollo Rural (fls. 702 a 708 c.3), Ambiente y Desarrollo Sostenible (fls. 714 a 716 vto. c.3); y el Municipio de Jericó (fls. 717 a 723 c.3), presentaron alegatos de conclusión.

*No queda duda que debe condenarse en costas a la parte demandante por concepto de agencias en derecho, atendiendo el numeral 3.1.3. del Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, que dispone para los procesos en segunda instancia "Con cuantía: **Hasta** el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.". (Resaltado fuera de texto)*

En consecuencia, a cada una de las entidades demandadas que intervinieron en segunda instancia se les reconocerá la suma de cien mil pesos M/cte. ($100.000) a cada una.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. ***Confirmar*** *la sentencia proferida el* ***23 de marzo de 2017,*** *por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el proceso iniciado*

---

[30] *Artículo 366. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*

por el señora Silvio Alberto Cuevas Cuevas y otro, contra el Ministerio de Medio Ambiente y otros, por lo antes expuesto.

2. **Condenar** *en costas a la* **parte demandante**, *liquídense por la primera instancia y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.*

3. ***Fijar*** *como agencias en derecho en favor del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Municipio de Jericó, y cargo de la parte demandante, la suma de cien mil pesos M/cte. ($100.000) que será cancelada a cada una de las entidades.*

4. *En firme esta providencia, por Secretaría envíese el expediente al Despacho Judicial de origen, previas las constancias de rigor.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: ***Silvio Alberto Cuevas Cuevas y otro***
Demandado: Ministerio de Medio Ambiente y otros
Expediente: 15238 3333 001 ***2013 00044*** *01*

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

ACCIONANTE:	JORGE ARMANDO NOVA CASAS
ACCIONADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
REFERENCIA:	15001-33-33-001-**2015-00154**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO – PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y 60% DE INCREMENTO
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala del Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante el cual se accede a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El señor JORGE ARMANDO NOVA CASAS, a través de apoderado judicial, acudió ante esta jurisdicción, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL, por negar la liquidación de su asignación de retiro, tomando como base un salario mínimo incrementado en 60% conforme al Decreto 1794 de 2000 y negó la liquidación de la prima de antigüedad de conformidad con el Decreto 4433 de 2004.

1.1 Pretensiones (fls. 49-50)

Solicitó se declare la nulidad parcial de la **Resolución de retiro No. 3679 de fecha 09 de noviembre de 2006**, mediante la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES le reconoció la asignación de retiro al actor.

De igual forma, que se declare la nulidad del **Acto Administrativo No. 2013-49770 de fecha 7 de septiembre de 2013**, mediante la cual, la demandada, le negó la liquidación de la asignación de retiro del actor,

tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Así mismo, declarar la nulidad del **Acto Administrativo No. 2013-57024 de fecha 3 de octubre de 2013** mediante el cual, la demandada, negó la liquidación de la partida prima de antigüedad de conformidad a lo establecido en el artículo 16 de del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica, se le adiciones el 38.5% como prima de antigüedad.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la demandada a: **i)** liquidar la asignación de retiro de la actora, conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60) del mismo); **ii)** liquidar la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 16 de del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica, se le adicione el 38.5% como prima de antigüedad; **iii)** reajustar la asignación de retiro del actor, año por año, a partir de su reconocimiento, hasta la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitadas en los numerales anteriores; **iv)** pagar de forma efectiva e indexada los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante, hasta la fecha en que sea reconocido el derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A.; **v)** pagar los intereses moratorios provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, conforme a los artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A. y **vi)** se condene al pago de costas, gastos procesales y agencias en derecho a la demandada.

1.2. Hechos (fls. 50-51)

Como fundamentos fácticos del medio de control, el apoderado del demandante enunció en resumen los siguientes hechos:

Señaló que el señor JORGE ARMANDO NOVA CASAS, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional y agregó que una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 se incorporó como soldado voluntario.

Adujo que a partir del 01 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército, fue promovido como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza Militar.

Indicó que previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la demandada, mediante **Resolución No. 3679 de fecha 09 de noviembre de 2006**, le reconoció al actor asignación de retiro. Añadió que desde entonces, la demandada viene liquidándolo teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 40% del mismo.

Manifestó que con fecha de **23 de agosto de 2013**, radicó derecho de petición ante la demandada solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el **inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000**.

Anotó que con fecha de 7 de septiembre de 2013, la demandada dio respuesta al derecho de petición mediante **acto administrativo de radicado No. 201349770**, negando la petición.

De otro lado, sobre la liquidación de las mesadas, señaló que la demandada las viene liquidando, tomando la sumatoria de la asignación básicas, más el 38.5% de la prima de antigüedad, y al valor resultante le aplica el 70%, determinando de esta forma la mesada a cancelar. Razón por la cual indicó que el 20 de septiembre de 2013, radicó derecho de petición ante CREMIL, solicitando que tal liquidación se haga de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, el 70% de la asignación básica, adicionando el 38.5% de la prima de antigüedad. Agregó que la demandada el 3 de octubre de 2013, mediante el Acto Administrativo No. 2013-57024, negó la anterior solicitud.

1.3 Normas Violadas y concepto de violación (fls.52-73)

El apoderado del demandante refirió como normas violadas las siguientes:

Constitucionales: preámbulo y artículos 1, 2, 4,13, 25,46, 48, 53, 58 de la Constitución Política de Colombia.

Legales: Ley 131 de 1985, Ley 4 de 1992, Ley 923 de 2004, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

Como concepto de la violación, adujo que la entidad demandada en su idea de que los soldados voluntarios deben percibir una asignación de retiro diferente a la que estipula la Ley, contradice el mandato constitucional de los derechos adquiridos, la progresividad y la favorabilidad con que deben ser aplicadas e interpretadas las leyes.

Resaltó así mismo que el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, consigna un régimen de transición aplicable a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, que ostentaban esta condición a 31 de diciembre de 2000, indicando que seguirían devengando como asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60%, base de liquidación que debe ser tomada por CREMIL para la liquidación del actor. En tal sentido, consideró que la demandada debe aplicar la ley, esto es, que aplique lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y de la interpretación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Para soportar su postura, citó jurisprudencia que en su sentir, es aplicable al caso en concreto, esto es, sentencia del 29 de abril de dos mil quince (2015), Exp. 201500801 de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, la sentencia de 17 de octubre de 2013, Exp. 2012-001189 de la Sección Quinta del H. Consejo de Estado y la sentencia de 29 de abril de 2013 Exp. 2014-02433 de la Sección Quinta del H. Consejo de Estado.

Finalmente, adujo que existe legitimidad en la causa de parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y aclaró que la hoja de servicio que expide el Ministerio de Defensa es la guía para la liquidación de las asignaciones de retiro, y resaltó que el objeto de la litis no es la hoja de servicios sino la omisión de CREMIL de la aplicación del régimen de transición que el legislador estableció para los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios. En tal sentido consideró, que es CREMIL quien tiene la legitimidad en la causa por pasiva y no el Ministerio de Defensa, pues esta última no tiene competencia para la liquidación de asignaciones de retiro.

Además de lo anterior, consideró que CREMIL también erró al liquidar aplicándole el 70% tanto a la aplicación básica como a la prima de antigüedad, lo que en su sentir, afecta de forma significativa el valor de la mesada a cancelar. Aclaró que el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 dispone que el liquidador debe en primera instancia aplicar el 70% a la asignación básica y al valor resultante le debe adicionar el 38.5% de la asignación básica como prima de antigüedad. Por lo que consideró, es de esta manera que CREMIL debe liquidar la mesada del actor.

Para soportar tal postura, citó la sentencia de 29 de abril de 2015, Exp. 2015-00801 de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado y la sentencia de 11 de diciembre de 2014 Exp. 2014-02292 de la Sección Primera del H. Consejo de Estado.

Finalmente, alegó la falsa motivación que refiere el artículo 137 del C.P.A.C.A., pues consideró que la entidad demandada no dio la interpretación correcta a la normatividad aplicable al caso.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL (fls. 84-87)**

El apoderado de la entidad demandada, allegó escrito, dando contestación a la demanda, en los siguientes términos:

En primer lugar, adujo que se opone a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho. Por otro lado, aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la prestación, esto es, el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo; frente a las demás, adujo que se opone.

Luego de hacer un recuento sobre los antecedentes de la demanda, propuso como excepciones las siguientes:

i) "Legalidad de las actuaciones efectuadas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes." Sobre tal excepción señaló que CREMIL es el encargado de reconocer y pagar asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento. Aclaró que conforme al artículo 217 inciso 3, se dispuso que los miembros de las FFMM hagan parte de un régimen especial, agregó que en desarrollo de tal precepto se han expedido distintos decretos y que en la actualidad se aplica el Decreto 4433 de 2004.

ii) "Inexistencia de fundamento para el aumento solicitado 40- 60%." Señaló que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, más no el inciso 2° como afirma el demandante. Agregó que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa, es el documento idóneo para el reconocimiento

de la asignación de retiro y en donde se encuentran las partidas computables, razón por la cual argumentó que no puede dársele a la misma un alcance distinto.

iii) "Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro." Refirió que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es clara al establecer que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico, incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad tal como lo ha venido aplicando. Para soportar su postura, citó la sentencia de 20 de septiembre de 2013 Exp. 2012-008601 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

iv) "Prescripción del derecho." Adujo que si al actor le asistiera algún derecho, no podría reconocérsele por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, establece que la prescripción de las mesadas es de 3 años contados desde que se hicieron exigibles, razón por la que consideró está prescrito el derecho.

v) *"No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las Fuerzas Militares."* Señaló que la entidad ha actuado conforme a la Ley, y que los actos administrativos demandados, se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, por tal razón consideró, deben desestimarse las pretensiones de la demanda.

- **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA (fls. 149-151)**

Mediante auto de 26 de mayo de 2016, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito, resolvió notificar a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA de la demanda en cuestión, razón por la cual, el apoderado de la misma, allegó escrito contestando la demanda, en los siguientes términos:

En primer lugar, frente a los hechos, adujo que no relacionan ni vinculan a la Nación- Ministerio de Defensa, razón por la que no se refirió sobre los mismos.

De otro lado, propuso como excepción la que denominó: ***"Falta de legitimación en la causa por pasiva."*** Señaló que fundamenta tal excepción en que el demandante no ha elevado petición alguna, y teniendo en cuenta que no fue quien expidió los actos administrativos cuya nulidad se pretende. Razón por la cual, consideró que no existe legitimidad en la causa por pasiva de parte de la Nación- Ministerio de Defensa.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, profirió sentencia en audiencia inicial llevada a cabo el veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) (fls. 169-186) donde resolvió:

> ***"PRIMERO: Declarar infundada*** *las excepciones que la entidad demandada denominó* ***"CORRECTA "APLICACION DE LA FORMULA DE LIQUIDACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO- LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL- NO CONFIGURACION DE FALSA MOTIVACION EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES Y INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURIDICO PARA EL REAJUSTE SOLICITADO 40-60 %",*** *de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: Declarar infundada*** *la excepción que la entidad demandada EJERCITO NACIONAL denominó FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO:*** *Declarar la nulidad parcial de la hoja de servicios correspondiente al señor JORGE ARMANDO NOVA CASAS, indicándose que en lo atinente a la suma indicada correspondiente al salario devengado por el actor a la fecha de retiro.*
>
> ***CUARTO:*** *Se declara la nulidad parcial de la Resolución No. 3679 de 9 de noviembre de 2006, mediante la cual se le reconoció al actor asignación de retiro y la nulidad total del Acto Administrativo No. 2013-49770 de fecha 7 de septiembre de 2013, proferido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL- mediante la cual negó la reliquidación de la asignación de retiro, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta (60%), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO:*** *Se declara frente al anterior derecho probada la excepción de prescripción en relación con los derechos laborales-mesadas anteriores al* ***23 de agosto de 2008,*** *propuesta por la apoderada de la entidad demandada.*
>
> ***SEXTO:*** *Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación- Ministerio de DEFENSA EJERCITO NACIONAL, que proceda a modificar la hoja de servicios correspondiente al Soldado Profesional JORGE ARMANDO NOVA CASAS, indicando que la asignación básica del actor al momento de su retiro del servicio, correspondía al salario mínimo incrementado en un 60% en virtud de lo señalado en el inciso 2° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.*
>
> *Surtido lo anterior la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL- deberá reliquidar la asignación de retiro del Soldado*

Profesional JORGE ARMANDO NOVA CASAS tomando como base, la asignación básica incrementada en un 60% en virtud de lo señalado en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, efectiva a partir del 23 de agosto de 2008 dado el fenómeno prescriptivo.

SEPTIMO: *sobre el reajuste de la asignación de retiro tomando como base la asignación básica incrementada en un 60% en virtud de lo señalado en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, ordenada en el numeral anterior, CREMIL deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.*

OCTAVO: Declarar *la nulidad del Acto Administrativo No. 2013-57024 de 3 de octubre de 2013 proferida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL-, mediante la cual, negó la reliquidación de la prima de antigüedad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

NOVENO: *Se declara frente al anterior derecho probada la excepción de prescripción en relación con los derechos laborales-mesadas anteriores al* ***a partir del 20 de septiembre de 2009,*** *propuesta por la apoderada de la entidad demandada.*

DECIMO: *A título de* ***restablecimiento del derecho, condénese*** *a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reliquidar la asignación de retiro devengada por el Soldado Profesional (R) del Ejército JORGE ARMANDO NOVA CASAS, en los términos del análisis hermenéutico realizado al artículo 16° del Decreto 4433 de 2004; esto es, tomando el 70% de la asignación básica más el 38.5% (prima de antigüedad) partida computable en la reliquidación de la asignación de retiro. De la suma que resulte deberá descontarse los valores ya pagados,* ***a partir del 20 de septiembre de 2009.***

(...)"

Para adoptar tal determinación, el Juez de primera instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, indicando en primera medida que la Ley 131 de 1985 estableció la posibilidad de prestar el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, y manifestaran su deseo de continuar en la institución de manera voluntaria para luego ser aceptados.

Reseñó que al expedirse el Decreto 1793 de 2000, se dispuso que los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, siempre y cuando lo hubiesen expresado, quedando sometidos a lo dispuesto por el decreto.

Refirió que el Decreto 1794 de 2000, estableció en su artículo 1° la asignación salarial de quienes se vinculan como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000, determinando como una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Posteriormente, realizó un análisis de la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado, sobre la diferencia salarial del 20% de los soldados profesionales, donde concluyó que la correcta interpretación del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, era que a los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales a partir del año 2003, les asiste el derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente, incrementado en un 60 %, diferencia que incide directamente proporcional, en la liquidación de las demás acreencias laborales. Agregó que dio aplicación teniendo en cuenta la obligatoriedad del precedente de Unificación. Y finalmente realizó un análisis sobre las partidas computables para liquidar la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares.

Del caso en concreto sostuvo que encontró demostrada la vinculación del demandante como soldado voluntario antes del 31 de diciembre de 2000, motivo por el cual se encontraba dentro del régimen de transición laboral estipulado en el **Decreto 1794 de 2000**, por cuanto le asistía el derecho a percibir como asignación básica mensual el equivalente a un (1) SMLMV incrementado en un 60%, una vez fue incorporado como soldado profesional y hasta el momento en que se efectuó su retiro, en garantía de los derechos adquiridos.

De igual forma señaló que conforme a las reglas de jurisprudencia, tenía derecho igualmente al reconocimiento de la diferencia salarial equivalente al 20%, a partir de la fecha de su incorporación como soldado profesional, esto es, a partir del 1 de noviembre de 2003 y hasta el 30 de agosto de 2006, fecha en que ocurrió su retiro definitivo, situación que se debe reflejar en la hoja de servicios lo cual a su vez tiene incidencia o efectos en la asignación de retiro reconocida por CREMIL.

Finalmente, aclaró que conforme a la sentencia de fecha 2 de junio de 2016 proferida por el Consejo de Estado dentro del proceso con radicación No. 2015-03273 del H. Consejo de Estado, consejera ponente MARIA ELISABETH GARCÍA GONZALEZ, se hizo claridad en que CREMIL si puede reliquidar la asignación de retiro en virtud de la aplicación del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1724 de 2000 de 2000, y que no es

necesario agotar el procedimiento administrativo ante el Ministerio de Defensa Nacional.

De otro lado, adujo que no hay lugar a declarar la prescripción, en razón a que en el presente asunto los derechos laborales prescriben en 4 años, contados a partir de que se han hecho exigibles y teniendo en cuenta que el actor tenía hasta el 15 de abril de 2018 para presentar solicitud de reliquidación de su asignación de retiro.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL, presentó recurso de apelación (fls. 189-192) por las siguientes razones de inconformidad:

En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro, adujo que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es claro que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague la asignación de retiro así:

"Salario Básico= SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%)= 140%
Prima de Antigüedad= 38.5%

Asignación de retiro:

70%= (Sueldo Básico+ 38.5% de Prima de Antigüedad)"

Y consideró, que por consiguiente, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5 % de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando tal entidad.

Para soportar su postura, citó a sentencia del 20 de septiembre de 2013 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección C, Exp. 2012 00086-01 así como el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Sobre a prescripción del derecho, refirió que conforme al artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, se establece la prescripción de mesadas en 3 años contados a partir de que se hicieron exigibles, razón por la cual consideró, se encuentra prescrito el derecho.

Sobre las costas y agencias en derecho, solicitó se exonere a tal entidad de la condena en costas en razón a que el artículo 365 de del CGP dispone que solo habrá lugar a costas cuando el expediente aparezcan causadas y comprobadas.

Finalmente, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen todas las pretensiones de la demanda.

5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en audiencia de conciliación en fecha de veinticuatro (24) de febrero de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fl. 207 y vto) y admitido por esta Corporación mediante providencia de fecha quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017) (fl. 214 y vto). A través de auto de treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017) se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y así mismo, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 218).

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. (fls. 141- 178)

6.1. PARTE DEMANDANTE: Guardó silencio.

6.2. PARTE DEMANDADA: Guardó silencio.

6.3. MINISTERIO PÚBLICO (fls. 220- 224)

El agente del Ministerio Público, allegó concepto en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

En primer lugar, realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la remuneración de los soldados voluntarios que luego pasaron a ser soldados profesionales, concluyendo que no tiene razón el recurrente cuando señaló que el reclamo de la diferencia salarial debe efectuarse primero al Ministerio de Defensa, pues CREMIL, es la encargada del reconocimiento, liquidación y pago de la asignación de retiro, y es esta entidad quien debe hacerlo conforme a la normatividad aplicable e independientemente de si el empleador reconoció y pagó el salario a que el soldado tenía derecho.

Posteriormente, realizó un análisis sobre la prima de antigüedad como partida computable de la asignación de retiro, del cual concluyó que la normatividad aplicable es clara al establecer que el cálculo de la prima de antigüedad debe realizarse sumando el 70% salario mensual legal, más el 38.5% de la prima de antigüedad.

Finalmente, solicitó sea confirmada la sentencia de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad-quem* en lo que respecta a la apelación. Para el efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

> ***"Artículo 320. Fines de la apelación.***
>
> *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida,* ***únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante,*** *para que el superior revoque o reforme la decisión.*
>
> *(...)"*

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que adoptada en primera instancia, por lo cual, en principio,

los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que *"las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'"*[1].

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

3. PROBLEMAS JURÍDICOS

En los términos del recurso de apelación presentado por la parte demandada, corresponde a esta Sala establecer si:

> ***i)*** *¿CREMIL liquidó correctamente la* ***asignación de retiro*** *del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de Decreto 4433 de 2004 o, tal como lo manifestó el juez de instancia, por el contrario se realizó una interpretación errónea de dicha normatividad?*
>
> ***ii)*** *¿Corresponde a CREMIL atendiendo la legitimación en la causa por pasiva, la reliquidación y pago de la asignación de retiro en el 60% de conformidad con el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

---

[1] *Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.*

- **Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que no es correcta la interpretación que del artículo 16 del Decreto 4433 del 2004 hace la entidad accionada, pues aquel es claro en establecer que solamente al salario básico mensual se le aplica un porcentaje del 70%, valor al que debe adicionarse el 38.5% de la prima de antigüedad. Así mismo, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad, implicaría que al valor reconocido de la prima de antigüedad se le debe efectuar una doble reducción, lo cual iría en menoscabo de los derechos del actor.

De igual manera, tal como lo estableció el juez de instancia, se confirma la decisión mediante la cual y a título de restablecimiento del derecho dispuso el reajuste de la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, norma a la cual remite el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, que determina la asignación de retiro en un (1) SMML+60%, pues la establecida en el inciso primero, correspondía a quienes llegaban por primera vez a ser soldados y equivalía a 1 SMMLV +40%.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

2.1. Liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales. Porcentajes de Liquidación.

Mediante la Ley 131 de 1985 se dictaron normas sobre el servicio militar voluntario, disponiendo que el mismo podía ser prestado por aquellos que habiendo prestado el servicio militar obligatorio hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados[2].

A su vez, el artículo 4 de la ley en mención indicó:

"ARTICULO 4°. El que preste el servicio militar voluntario devengara una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto."

En este mismo sentido, el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 del año 2000 expidió el **Decreto 1793 de 2000**, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional del personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y dispuso lo siguiente en cuando a la asignación salarial y **el derecho a la prima de antigüedad** de los mismos:

[2] *Artículo 2.*

> ***"(...) ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL.*** *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*
>
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 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 sesenta por ciento (60%).*
>
> ***ARTÍCULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD.*** *Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%). (...)"*

Con posterioridad, el legislador expidió la Ley 923 de 2004, mediante la cual *"se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política"*, y en su numeral 2.1 del artículo 2° se estableció como criterio el respeto a los derechos adquiridos conforme a las disposiciones anteriores a su entrada en vigencia. Así mismo, el numeral 3.3 del artículo 3° de la citada Ley previó que *"las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública"*.

En desarrollo de la norma antes referida, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004, *"por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*, que en su Capítulo Primero reguló lo relacionado con la asignación de retiro, indicando en el artículo 13 las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

> ***"(...) Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares.*** *La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*
>
> *13.1 Oficiales y Suboficiales:*
> *(...)*
> *13.2 Soldados Profesionales:*
>
> ***13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.***

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto. *(...)"*

De igual manera, en su artículo 16 se diferenció la asignación de retiro de los Soldados Profesionales de la del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, como a continuación se cita:

> ***"(...) ARTÍCULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales.*** *Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1,* ***adicionado*** ***con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.*** *En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De la norma anterior, se colige que para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales debe tenerse en cuenta tanto la **asignación básica como la prima de antigüedad**, determinándose como forma de liquidación para extraer el valor de la mesada que debe **pagarse el 70% del salario mensual, adicionado por el 38.5% de la prima de antigüedad.**

Respecto a cómo debe interpretarse la forma en la que debe liquidarse la asignación de retiro de los Soldados Profesionales contemplada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Sección Primera del Consejo de Estado, al resolver una acción de tutela interpuesta contra una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la cual había negado una demanda similar a la que ahora se resuelve, en sentencia del 11 de diciembre de 2014 expuso:

> *"(...) Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser* ***adicionado*** *con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación ',' que precede al verbo* ***'adicionado'****.*
>
> *En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo* ***'contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica'****, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor,* ***implica una doble***

afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé *y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital (...)"*[3] (Negrilla fuera del texto original).

2.2. De la jurisprudencia de Unificación en materia de la asignación salarial de los soldados profesionales

Atendiendo lo preceptuado por el **artículo 1° del Decreto 1794 de 2000**, el órgano de cierre de esta jurisdicción con el fin de dilucidar aspectos como los de objeto en estudio, emitió sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016 dentro del radicado CE-SUJ2 85001-3333-002-2013-00060-01, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la que precisó:

"(...)
Teniendo en cuenta las normas reseñadas, el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 20004 cuyos artículos 1° y 2° definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios.

Sobre este particular, estima la Sala conveniente trascribir los artículos 1° y 2° del referido Decreto Reglamentario 1794 de 2000:[5]

*"**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 parágrafo 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%. Subraya la Sala).

(...)"

Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000[6] *distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es,* ***quienes***

---

[3] *Consejo de Estado decisión del 11 Diciembre 2014- radicado 2014-02292-01.*
[4] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*
[5] *Ibídem.*
[6] *Ibídem.*

venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

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,*[7] *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,*[8] ***cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".***

(…)

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

(…)

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que ***la correcta interpretación del artículo 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000***[9] ***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%."***

Teniendo en cuenta el análisis de la sentencia de unificación, encuentra la Sala necesario adoptar el criterio jurisprudencial en cita, el cual se constituye en precedente y referente que armoniza la consecución y efectividad de los principios contenidos en el artículo 103 del CPACA.

Sin desconocer que de manera previa mediante decisión del 02 de junio de 2016 en sede de tutela radicado 11001-03-15-000-2015-03273-01 en Ponencia de la Consejera MARÌA ELIZABETH GONZALEZ, se analizó la **legitimación en la causa por pasiva** en los procesos tramitados ante la jurisdicción respecto de los actos administrativos que denegaron la reliquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntario que por

---

[7] *Ibídem*
[8] *Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.*
[9] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*

el tránsito legislativo se convirtieron en soldados profesionales, pronunciamiento del cual se destacan los siguientes apartes:

> *"(...)*
>
> *Ahora bien, para Sala, el argumento de la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, sí constituye un defecto sustantivo[10] por indebida interpretación de las normas que regulan el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, el cual perjudica abiertamente los intereses legítimos del accionante y de contera, vulnera sus derechos fundamentales.*
>
> *No es de recibo afirmar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, no está legitimada en la causa por pasiva en un proceso en el que se demandó un acto administrativo propio[11], máxime si a través del mismo se resolvió de fondo una solicitud de reliquidación pensional[12] presentada por el actor, sin advertir incompetencia alguna al momento de emitir dicho pronunciamiento.*
>
> *(...)*
>
> *De lo expuesto en los apartes transcritos se observa con claridad que CREMIL, aplicó e interpretó directamente las normas inherentes a la asignación básica mensual del actor con el fin de determinar la base de liquidación para su asignación de retiro, actuación que demuestra que sí podía responder por las reclamaciones que dieron lugar al proceso contencioso, lo que hace inentendible y*

---

[10] *Sobre el defecto sustantivo, la sentencia de la Corte Constitucional T-125 de 2012 sostuvo:*

*"**El defecto sustantivo**, como una circunstancia que determina la procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales, aparece, como ya se mencionó, cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infra legal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada.*

Tal como lo señala la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo:

> *(i) Cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador,*
>
> *(ii) Cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente,*
>
> *(iii) Cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva".*

[11] *El oficio demandado fue expedido por el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.*

[12] *Pensión y asignación de retiro son términos equiparables.*

contradictoria la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá de declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva.

Aunado a lo anterior, es menester resaltar que el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, como lo reconoce el propio Despacho Judicial accionado, es el competente en materia salarial para los uniformados que se encuentran en servicio activo; sin embargo, el actor era un soldado retirado al momento de la interposición de la demanda, por lo tanto la entidad competente para resolver su reclamación era CREMIL.

(...)"

En virtud de los pronunciamientos reseñados en precedencia es de recibió para la Sala acoger los planteamientos mediante los cuales prima la garantía efectiva del derecho sustancial y el amparo de la tutela del régimen de transición que protegió a un ex soldado voluntario, por lo que en asunto en los cuales se **pretenda la reliquidación de la asignación de retiro** de los soldados voluntarios convertidos a profesionales que se encuentran dentro de lo preceptuado por el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, **CREMIL si está legitimada por pasiva**, sin que sea necesario imponer más cargas al titular del derecho.

3. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, en virtud de los problemas jurídicos planteados y teniendo en cuenta el material probatorio que reposa en el plenario, para esta Sala es claro tal como aparece consignado en la hoja de servicios No. 3-00079164732 de fecha 27 de septiembre de 2006 (fl. 32), ratificado con la Resolución No. 3679 del 09 de noviembre de 2006, acto de **reconocimiento de la asignación de retiro** (fls. 33-34), se encuentra probado en el plenario que el actor prestó sus servicios y se vinculó con las Fuerzas Militares desde el **06 de septiembre de 1985** y hasta el 29 de noviembre de 2006, primero en su condición de soldado regular, luego como soldado voluntario a partir del **01 de noviembre de 1987** al **01 de noviembre de 2003** y finalmente como soldado profesional desde el **20 de octubre de 2003**; es decir, un tiempo efectivo total de **20 años, 08 meses y 16 días**, por lo que lo cobija lo preceptuado por el **inciso 2° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000**, encontrándose más que acreditado que a 31 de diciembre de 2000 se encontraba vinculado como soldado voluntario.

En ese sentido, tal como lo reconoce la entidad demandada, al caso concreto le es aplicable el **Decreto 4433 de 2004**, especialmente lo establecido en sus artículos 13 numerales 13.2.1 y 16 referidos en el marco normativo expuesto en precedencia, en lo que respecta a la asignación de retiro y las partidas computables para determinar el monto de la misma en

aplicación de las reglas jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, por lo que la Sala no acoge la segunda petición expuesta por el Agente del Ministerio Público Delegado, en virtud a que tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2 del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, es procedente que CREMIL **ajuste la liquidación** por encontrarse legitimado en razón a que la respuesta emitida fue proferida por el accionado correspondiendo a un reajuste y no al reconocimiento, aunado a que el pronunciamiento del Consejo de Estado[13] en sede de tutela de manera previa, avaló la legitimación en pasiva en ponderación del derecho sustancial sobre el particular.

Concordante lo anterior y reiterando que una de las pretensiones corresponde a declarar la nulidad del acto administrativo N° 2013-49770 de fecha 07 de septiembre de 2013, expedido por CREMIL, mediante el cual se negó la **reliquidación de la asignación de retiro** tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%), en aplicación del Decreto 1794 de 2000 y ateniendo el acto administrativo que ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante, las consideraciones que fundamentan la decisión se contraen a lo **certificado en la hoja de servicios** (fl.32).

Así pues, la Hoja de servicios determina que para la fecha de retiro del servicio el Señor JORGE ARMANDO NOVA CASAS reportaba un sueldo básico en la suma de $571.200.00[14], sin el incremento del 60%, lo anterior resulta de tomar el Salario mínimo legal mensual vigente de 2006[15] y de la descripción de las partidas computables reporta en la proporción del 58.50% de la prima de antigüedad, por lo que no queda duda que los argumentos de la entidad demandada no cuentan con asidero jurídico ni fáctico, en tanto que no se determinó el reconocimiento de la asignación de retiro en el incremento, siendo procedente confirmar la decisión de primera instancia.

Concordante a lo anterior y al tenor de la jurisprudencia citada en el acápite correspondiente y que esta Sala comparte íntegramente, es claro que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para determinar el monto de la asignación de retiro es necesario tomar el 70% del salario

---

[13] *Decisión del 02 de junio de 2016 - radicado 11001-03-15-000-2015-03273-01 en Ponencia de la Consejera MARÌA ELIZABETH GONZALEZ.*
[14] *Dato tomado de la Hoja de servicios (fl. 28).*
[15] *Reporte del Histórico del Banco de la Republica*

mensual, el cual debe adicionarse con el 38.5% del 100% de lo percibido por concepto de prima de antigüedad.

En virtud a la normatividad señalada en el acápite de consideraciones, se precisa que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a través de la Resolución No. 3679 del 09 de noviembre de 2006, ordenó en su artículo 1° el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del demandante, a partir del 15 de abril de 2014, así (fl. 30):

"(...)

- *En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 4686 de 2005) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).*

- *Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad*

(...)"

Sin embargo, se destaca que en la certificación de partidas computables expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Documental (E) de las funciones de Atención al Usuario de CREMIL (fl. 35), se adujo que la liquidación de la prestación obedecía al 70% de la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, con lo cual se desconoció la ley, tal como lo manifestó la *a quo*.

En efecto, esta Sala advierte que no se discute que se esté dando aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sino que, por el contrario, la interpretación que realiza CREMIL sobre la misma no se considera correcta, toda vez que de la lectura de dicha norma puede concluirse sin hesitación alguna que es solo al salario básico mensual al que se aplica el 70%, valor al que debe adicionarse el 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad.

En ese sentido, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad demandada implicaría que al monto reconocido por concepto de prima de antigüedad se le hiciera una doble reducción; la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma y, posteriormente, la del porcentaje del 70% que el precepto le asigna al salario básico mensual, lo cual que va en contravía de la garantía de los derechos del actor. Además, no puede pasar inadvertido que, en caso de duda acerca del sentido de la disposición, ha de aplicarse la interpretación más beneficiosa al trabajador, atendiendo lo dispuesto en el artículo 53 Superior.

Por lo tanto, la forma como debió haberse liquidado la asignación de retiro al demandante, conforme a lo establecido en el plurimencionado artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, es la siguiente: al salario básico mensual se le debe aplicar el porcentaje del 70%, y a este resultado se le debe sumar o adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad efectivamente devengada por el actor, resultando de dicha operación el monto que le corresponde al demandante por asignación de retiro, tal como lo concluyó el *a quo*, en tanto no se reclama una reliquidación de la asignación básica en actividad, sino en retiro.

Finalmente y atendiendo a que la apoderado de la Entidad en su condición de recurrente, solicita se **revoque la condena en costas** impuesta en primera instancia, pues en su sentir, no se comprobó en el expediente su causación, requisito exigido por la norma procesal, en virtud a que se cumplió con la carga de contestar la demanda, acudir a la audiencia inicial entre otros aspectos, esta Sala señalará que el artículo 188 del CPACA introdujo una modificación sustancial a la regulación contenida en el artículo 171 del CCA, en lo atinente a la condena en costas. En efecto, éste último establecía un sistema subjetivo, en el que debía advertirse si la parte actuó con temeridad o mala fe, mientras que en el primero, la condena en costas opera de manera objetiva, con remisión a las disposiciones del Código General del Proceso, como destinataria, la parte vencida en el proceso, sin advertir en su comportamiento procesal.

Así, descendiendo al *sub examine* se constata que prosperaron la totalidad de las pretensiones de la demanda, por lo que conforme lo dispuesto en el numeral primero del artículo 365 del CGP, **era procedente** la condena en costas a la parte vencida, como en efecto lo declaró el Operador Judicial, razón por la cual es menester confirmar también esta determinación. Por todas las razones antes expuestas conllevan a esta Sala a confirmar el fallo proferido en primera instancia, también en lo que hace a este punto.

4. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sobre las costas en esta instancia, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, dispone que "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien* ***se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación****, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto*".

Conforme al artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho; de ahí que para determinar estas últimas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En relación al criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que, a pesar de ser objetivo, se le califica de "*objetivo-valorativo*"[16] porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 CGP.

Al revisar al plenario se constata que no se causaron costas en esta instancia, pues, la parte actora se abstuvo de realizar actuaciones procesales (alegatos de conclusión) en esta instancia y por ello, la Sala se abstendrá de imponerlas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia inicial el 28 de noviembre de 2016, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en segunda instancia.

TERCERO: En firme la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "*Justicia Siglo XXI*".

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

[16] *CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.*

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
*Rad. No. 15001-33-33-001-**2015-00154**-00*
Demandante: JORGE ARMANDO NOVA CASAS
Demandado: CREMIL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
... 2017

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Beatriz Vega Roa***
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales
Expediente: 15001 3333 001 ***2015 00175*** *01*

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 188 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 27 de julio de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, sè

Resuelve:

1. ***Prescindir*** *de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SALA DE DECISION No. 6
MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 13 DIC 2017

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MAURICIO ACEVEDO BUSTOS
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
RADICADO: 15001-33-33-001-2016-00005-01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad accionada contra el fallo proferido en audiencia inicial de 9 de diciembre de 2016, por el Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor **MAURICIO ACEVEDO BUSTOS** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**.

II. ANTECEDENTES

***2.1.- <u>LA DEMANDA</u>*:** Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **MAURICIO ACEVEDO BUSTOS** solicitó declarar la nulidad del Acto Administrativo contenido en el acto administrativo No. 20155661061401 MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10 del 29 de octubre de 2015, expedido por la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por medio de la cual se le negó el reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar en su pensión de invalidez.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que i) se ordene a la entidad demandada a reajustar su asignación de retiro con la inclusión de la partida correspondiente al Subsidio Familiar en la misma proporción que la venía percibiendo en actividad, esto es en un 62,5%, y a partir del 31 de julio de 2012; ii) el pago indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de pensión de invalidez hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado; iii) el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento dejados de pagar desde el mismo instante en el que se generó el derecho a la pensión de invalidez, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia en la forma prescrita en los artículos 192 y 195 del CPACA; v) se condene al pago de gastos y costas procesales, así como de agencias en derecho; y vi) se de cumplimiento a la sentencia en la forma señalada en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Como fundamento de sus pretensiones, el actor dijo que prestó sus servicios en calidad de Soldado Profesional en el Ejército Nacional, y durante el tiempo se mantuvo como activo con ocasión de su matrimonio le fue reconocida y pagada una partida de subsidio familiar que al momento del retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica, que mediante la Resolución No. 1591 de 26 de abril de 2012, le fue reconocida por la entidad accionada una pensión mensual de invalidez, sin que en la liquidación respectiva le haya sido computada la partida de subsidio familiar.

Agregó que mediante derecho de petición radicado el 29 de octubre de 2015, solicitó a la demandada la inclusión como partida del subsidio familiar en la liquidación de pensión de invalidez, en el mismo porcentaje que percibía en actividad, recibiendo respuesta negativa por la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, mediante el acto administrativo No. 20155661061401 MDN-CGFM-COEJC-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM-1.10. (fls. 3-27)

2.2.-<u>*LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*</u>. Se trata de la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, el A quo manifestó que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en aplicación al principio de igualdad se

debe dar el mismo tratamiento que a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en lo referente a la liquidación de sus asignaciones de retiro, y por analogía en lo atinente a las partidas computables para la cuantificación de la pensión de invalidez, y que si bien es cierto que el Decreto 4433 de 2004, sólo previó la inclusión del subsidio familiar en la pensión de invalidez de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y se excluyó del beneficio a los Soldados Profesionales, en aplicación del test de igualdad y proporcionalidad, resulta igualmente procedente reconocerle dicho emolumento a esos últimos servidores.

Con base en los anteriores argumentos, resolvió inaplicar por inconstitucional el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, accediendo a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto acusado, ordenando reliquidar la pensión de invalidez del actor incluyendo la partida correspondiente al subsidio familiar devengada en actividad, en el porcentaje reconocido a la fecha de retiro, a partir del 29 de octubre de 2012, efectuando la indexación de las sumas reconocidas y la deducción de los aportes causados y destinados a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones. (fls. 92-103)

2.3.- *EL RECURSO DE APELACIÓN:* Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la entidad demandada la impugnó oportunamente señalando que si bien el A quo decidió inaplicar por inconstitucionalidad el parágrafo del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, al considerarlo constitucional al no contemplarse como partida computable de la pensión de invalidez el subsidio familiar, no se debe desconocer que conforme al principio de legalidad debe existir correspondencia entre los actos administrativos con el ordenamiento jurídico en general, así que la Administración no puede proferir decisión alguna que no esté expresamente autorizada por el legislador, sin que sea viable contradecir los lineamientos previstos en norma superior, ni apartarse de los fines superiores como son el interés general y el bienestar de la comunidad.

De otra parte, en lo que respecta a la condena en costas adujo que pese a haber prosperado la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, fue condenada por ese concepto, por lo que a su juicio no es justo ni equitativo que se imponga dicha carga cuando la NACIÓN- MINISTERIO DE

DEFENSA NACIONAL cumplió con la normativa que rige el asunto, circunstancia que debe ser analizada en el momento de su imposición en pro de la primacía del equilibrio jurídico. (fls. 109-111)

2.4.- <u>TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION</u>. Las **partes** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. EL PROBLEMA JURÍDICO

La sala abordará el estudio de cuatro problemas jurídicos que son la respuesta a los siguientes interrogantes:

1. **¿**Se vulnera el principio constitucional de igualdad y el derecho a la familia, consagrados en los artículos 13 y 42 de la Constitución Política, por el hecho de que el Ejecutivo a través del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, haya excluido el subsidio familiar como partida computable para liquidar la pensión de invalidez de los Soldados Profesionales**?**

2. **¿**Le asiste o no derecho al demandante, en su calidad de Soldado Profesional pensionado por invalidez, a que se le incluya en la asignación de retiro el subsidio familiar que devengaba en servicio activo**?**

3. **¿**Constitucionalmente es viable pretender que el subsidio familiar solamente sea reconocido y pagado para un grupo determinado de familias pertenecientes a las Fuerzas Militares de Colombia**?**

4. **¿**Es procedente la condena en costas en primera instancia a cargo de la demandada, aun cuando prosperó una excepción por ella formulada**?**

Para dar solución a los problemas jurídicos planteados, se estudiará: **I)** La naturaleza jurídica del subsidio familiar; **II)** La normatividad aplicable con relación a la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de

retiro y pensión de invalidez de los miembros de las fuerzas militares, especialmente en lo que respecta a los soldados profesionales, y **III)** si la aplicación de dicha normatividad, vulnera o no el derecho a la igualdad y a la familia de los soldados profesionales.

B. DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL SUBSIDIO FAMILIAR.

Esta prestación social fue definida por el artículo 1° de la ley 21 de 1982, en los siguientes términos:

> *"El subsidio familiar 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."*

Por su parte, la Corte constitucional en sentencia de 23 de marzo de 1994 definió el subsidio familiar como una prestación social que busca aliviar a los trabajadores de medianos y menores ingresos, las cargas económicas generadas por el sostenimiento de sus familias[1].

Posteriormente en el año de 1997[2], la Corte definió a esta prestación como aquella que ha buscado *"Beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación."* (***Subrayado es de la Sala).***

Hacia el año de 2001[3], la corte Constitucional a partir del análisis de la legislación Nacional, señalo algunas de las características de este subsidio, tal y como se indican a continuación:

---

[1] Sentencia de la Corte Constitucional del 23 de marzo de 1994, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, C- 149 de 1994.
[2] Sentencia de la Corte Constitucional del 9 de octubre de 1997, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, C- 508 de 1997.
[3] Sentencia de la Corte Constitucional del 8 de noviembre de 2001, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

- Es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario. (...)
- Se paga en dinero, servicios y especie ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de géneros distintos al dinero o mediante la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente.
- Se paga a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley (art. 6° de la Ley 71 de 1988).
- Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia. La razón de ser de este beneficio es la familia como núcleo básico donde el hombre se realiza como persona y donde se genera la fuerza de trabajo. En este sentido, es válido afirmar que el subsidio familiar es la materialización del mandato consagrado en el canon 42 de la Carta según el cual *"El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia".*
- Constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno. En este orden, es un instrumento por medio del cual se puede alcanzar la *universalidad* de la seguridad social, en consonancia con el postulado contemplado en el artículo 48 de la Carta Política.
- Su reconocimiento está a cargo de los empleadores mencionados en artículo 7° de la Ley 21 de 1982 y de conformidad con la suma señalada en el artículo 8° del mismo ordenamiento legal.
- Es recaudado, distribuido y pagado por las Cajas de Compensación familiar que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar (art. 41 de la Ley 21 de 1982).

De lo expuesto se puede colegir que el subsidio familiar constituye una prestación social que busca colaborar a los trabajadores de medianos y menores ingresos con las cargas económicas derivadas del sostenimiento de sus familias, pues de esta forma se garantiza que las familias de los trabajadores de menores ingresos puedan suplir a cabalidad cada una de sus necesidades y puedan vivir dignamente, ello en cumplimiento a la obligación

constitucional de conceder especial protección a la familia como núcleo esencial de la sociedad.

C. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE CON RELACIÓN A LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN INVALIDEZ DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

En primer lugar, encontramos al Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, en cuyo artículo 11 reconoció el derecho a devengar el subsidio familiar a los soldados profesionales, como miembros de la fuerza pública, en los siguientes términos:

> *"A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*
>
> *Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente."* (**Resaltado fuera del texto)**

El anterior artículo fue derogado por el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, el cual señala que los soldados e infantes de marina profesionales de las fuerzas militares que se encuentren devengando, a la entrada en vigencia del presente decreto, el subsidio familiar, continuarán devengándolo hasta el momento de su retiro, es decir, en ese orden de ideas se extinguió el derecho de los soldados profesionales a percibir esta prestación social con excepción de aquellos cuyo caso se encuentre en el evento ya planteado.

Por su parte, la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares se encuentra, en primera medida, regulado por la ley 923 de 2004, por medio de la cual se dictan los criterios generales que deberá tener en cuenta el Gobierno Nacional para la expedición de los decretos reglamentarios sobre el régimen pensional y la Asignación de Retiro de los miembros de las fuerzas militares, es así como en su artículo segundo, señala la obligación del Gobierno de tener en cuenta los principios de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad.

Esta ley fue desarrollada por el Decreto 4433 de 2004 que en su artículo 13, señala:

> *"Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, **pensión de invalidez**, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*
>
> ***13.1 Oficiales y Suboficiales:***
>
> *(...)*
> *13.1.7 **Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.***
>
> *(...)*
>
> ***13.2 Soldados Profesionales:***
>
> *13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.*
> *13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*
>
> ***Parágrafo.** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, **ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales**. (Negrilla y resaltado de la Sala).*

De la lectura de la normatividad expuesta, la sala observa que por mandato expreso, se encuentra prohibida la inclusión del subsidio familiar en el cómputo de la asignación de retiro y pensión de invalidez de los soldados profesionales, pues la norma antes citada solo consagra como factores a tener en cuenta para el computo del derecho pensional de aquellos, el salario mensual y la prima de antigüedad.

Así las cosas, considera la Sala que en efecto las disposiciones mencionadas, esto es, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establecen un trato diferenciado de manera injustificada, puesto que no incluye como partida computable el subsidio familiar respecto de los miembros de la Fuerza Pública que ostentan el rango de Soldados Profesionales, mientras que si la incluye en la liquidación de los oficiales y suboficiales, sin que se encuentre alguna razón válida para dicha exclusión.

De acuerdo a lo anterior, la Sala encuentra que tal circunstancia constituye un trato discriminatorio a la luz de la Constitución Política, pues si bien es cierto, existen condiciones diferenciales entre los grados citados, pues estos cuentan con autoridad, requisitos y atribuciones diferentes que generan remuneraciones salariales y prestacionales disímiles, también lo es que el artículo 13 superior establece que el Estado tiene la obligación de proteger a la persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta brindando un trato diferencial y positivo procurando con esto la garantía de los fines del Estado Social de Derecho, como pasará a explicarse a continuación.

D. ANALISIS SOBRE PRESUNTA VIOLACION AL DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

Como se puede evidenciar, la norma consagra a favor de los oficiales y suboficiales la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, excluyendo expresamente de dicho beneficio a los soldados profesionales, por lo que se procederá a analizar la presunta violación al derecho a la igualdad.

Han sido numerosos los pronunciamientos de la Corte constitucional en los cuales se indican los parámetros a tener en cuenta para establecer si con determinado proceder de la administración se está violentando el derecho a la igualdad consagrado en nuestra Carta Constitucional.

Al efecto, en sentencia del 4 de octubre de 1995[4], la Corte constitucional adujo:

> *"La consagración de una regulación diferenciada de un asunto por una ley no implica una violación del principio de igualdad, cuando esa diversidad de trato tiene un fundamento objetivo y razonable de acuerdo a la finalidad perseguida por la norma. A partir de ello, la Corte ha señalado los elementos que permiten determinar si existe ese fundamento objetivo y razonable, tales como, la existencia de supuestos de hecho diversos; que la finalidad de la norma sea legítima desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga sean coherentes entre sí*

[4] Sentencia de la Corte constitucional del 4 de octubre de 1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. C – 445/1995.

o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad y eficacia interna; y, finalmente, que el trato diferente sea proporcionado con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. (El subrayado es nuestro).

(…) El control constitucional del respeto a la igualdad por una ley consiste, en última instancia, en determinar si la autoridad podía o no establecer un trato diferenciado como medio para alcanzar un determinado fin.

En el mismo sentido, en sentencia del 31 de enero de 2001[5], la Corte Constitucional mencionó:

"En forma reiterada, la Corte ha precisado que el principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por la autoridad."

En pronunciamiento posterior, efectuado el 22 de octubre de 2002, el Tribunal Supremo Constitucional, al resolver si el tratamiento diferencial otorgado por la norma a los oficiales y suboficiales era susceptible de ser sometido a Juicio Constitucional de igualdad, resolvió como procedente evaluar las distinciones entre estos dos grupos a fin de determinar si existía o no violación al derecho a la igualdad, pues si bien estos dos grupos no son idénticos, si se encuentran en la misma situación de hecho.

En esta misma sentencia, se precisó:

"Para efectuar este juicio de constitucionalidad relativo al respeto al principio de igualdad la jurisprudencia constitucional, desde sus inicios, ha empleado como metodología de análisis el test de igualdad, el cual tiene una estructura determinada y dentro de cada etapa del test se aplican parámetros definidos, que varían según sea la intensidad del juicio. ***De hecho, esta Corporación ha considerado que esta es la metodología adecuada para analizar la constitucionalidad de las medidas contempladas en los regímenes especiales, cuando el punto de comparación es entre personas cobijadas por el mismo régimen (test de igualdad al interior del régimen especial****(…)" (Subrayado es de la Sala).*

[5] Sentencia de la corte Constitucional del 31 de enero de 2001, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. C – 093 de 2001.

Precisamente, al respecto resultan pertinentes las precisiones hechas de manera más reciente por la Alta Corporación en sentencia T-141 de 2013, en la que se indicó:

> *"(...) 7. De acuerdo con las consideraciones precedentes, es posible afirmar que formalmente todas las personas son iguales ante la ley pero para que esta igualdad sea también material, las autoridades pueden utilizar medidas de acción positivas que beneficien a las personas que se encuentren en especiales condiciones de vulnerabilidad y de esta manera, lograr que lleguen al mismo punto de partida del resto de la sociedad.*
>
> *Adicionalmente, es posible que se admitan algunos tratos desiguales a personas que inicialmente están en condiciones de igualdad, si los mismos persiguen un fin constitucionalmente válido y no son arbitrarios. Para verificar esto, la Corte suele utilizar un test de proporcionalidad, en el que se estudian algunos temas específicos, tales como la idoneidad de la medida, la validez del objetivo perseguido y la posible afectación a otros derechos fundamentales, de manera que al final puede tenerse certeza sobre la afectación o no del principio de igualdad (...)".*

De las sentencias ya referidas se concluye que, si bien el legislador se encuentra facultado para expedir normas en donde se otorgue un trato diferencial, esta distinción debe tener un fundamento racional y objetivo que se encuentre en concordancia con la finalidad de la norma.

Aunado a lo anterior, la sala encuentra cómo la ley 923 de 2004, impone en su artículo 2°[6], la obligación al Gobierno Nacional de dar aplicación a los principios de eficiencia, universalidad, **igualdad, equidad**, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad, en cada uno de los decretos expedidos en desarrollo de dicha ley, so pena de dar aplicación a lo preceptuado en el

---

[6]**LEY 923 DE 2004, Artículo 2°.** *Objetivos y criterios.* Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:
2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.
2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.
2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.
2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.
2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.
2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.
2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.
El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.
2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal.

artículo 5° ídem, esto es, que dicha reglamentación carezca de efectos jurídicos y de la imposibilidad de crear derechos adquiridos.

En ese orden de ideas, se colige que el Gobierno Nacional, por medio del Decreto 4433 de 2004, regulatorio del Régimen de asignación de los miembros de las fuerzas militares, solo podía establecer un trato diferencial, siempre y cuando no se violentara o vulnerara el derecho a la igualdad, esto es, siempre y cuando dicha distinción estuviese respaldada por un fundamento racional y objetivo.

Sin embargo, en lo que respecta específicamente al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual establece un trato diferencial entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, al prohibir al primero la inclusión del subsidio familiar para efectos de liquidar tanto la asignación de retiro como la pensión de invalidez, mientras que para los segundos lo estableció como permitido, encuentra la sala una flagrante violación al derecho a la igualdad, toda vez que al analizar la norma y el espíritu de esta prestación, no se encontró un fundamento racional y objetivo que permita colocar en un plano de mayor protección a las familias de los oficiales y suboficiales frente a las familias de los soldados profesionales, ello teniendo en cuenta, que como ya se estudió, la esencia del subsidio familiar consiste en aliviar a los trabajadores de medianos y menores ingresos las cargas económicas derivadas del sostenimiento de sus seres queridos, lo que en otras palabras significa brindar una protección especial a las familias que por sus bajas ganancias se encuentran en un mayor estado de vulnerabilidad.

Dicho lo anterior, no resulta admisible para la sala aceptar el trato discriminatorio dado por el decreto 4433 de 2004, a los soldados profesionales, pues son precisamente estos los que devengan salarios más bajos dentro de las fuerzas militares, circunstancia que de plano permite deducir que, son las familias de estos funcionarios y no las familias de oficiales y suboficiales las que se encuentran en un grado mayor de vulnerabilidad, y por lo tanto en una necesidad de mayor de protección, pues lo contrario implica desconocer la institución de la familia, los derechos de los niños y la condición económica del soldado, lo que configura una flagrante violación a los principios de igualdad, solidaridad y universalidad y consecuente desnaturalización de la razón de ser

del subsidio familiar[7], máxime cuando el titular de la prestación se encuentra en una situación de debilidad manifiesta al tener cierto grado de invalidez, como ocurre en el caso bajo estudio.

La mencionada violación al derecho a la igualdad ocasionada por la aplicación de la norma en comento, ya había sido advertida por el Consejo de Estado en Sentencia del 17 de octubre de 2013, en la que adujo:

> *"En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los oficiales y suboficiales, empero, no la incluyo para los soldados profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable, para tal exclusión.*
>
> *Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los oficiales y suboficiales que se encuentran en un rango salarial más alto que los soldados profesionales.*
>
> *Así pues, a la luz de la carta política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el decreto 4433 de 2004, haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – Oficiales y Suboficiales- dejando por fuera a los que devengan un salario inferior, y en consecuencia, a quien más lo necesitan, los soldados profesionales.*
>
> *En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplico en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub – lite, resulta inaplicable por ser violatoria del principio a la igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los soldados profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de las fuerzas militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.[8]"*

De lo antes expuesto se concluye que, si bien el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no establece el subsidio familiar como partida computable a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro y pensión de invalidez de los soldados profesionales, lo cierto es que dicha circunstancia se torna

---

[7]En similar sentido se pronunció éste Tribunal en Sentencia del 28 de abril de 2014. Exp. No. 150013333012 – 2012 -00133-01. Magistrado Ponente. Fabio Iván Afanador García.

[8] Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección B. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Exp. No. AC 11001-03-15-000-2013-01821-00. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

violatoria no solo del derecho a la igualdad y de la especial protección que merece la familia, sino además de los postulados del Estado Social de Derecho.

En consecuencia, es por ello que en aras de preservar la coherencia del ordenamiento jurídico en casos como el presente, respecto de los principios constitucionales, se debe dar aplicación al artículo 148 del CPACA, el cual establece la facultad judicial de inaplicar una norma, cuando esta contraviene la constitución Política, pero sólo para el caso concreto y con efectos inter partes.

E. CASO CONCRETO

Del estudio de las pruebas obrantes dentro del plenario, se observa que el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL mediante Resolución No. 1591 de 26 de abril de 2012, reconoció pensión mensual por invalidez a favor del señor MAURICIO ACEVEDO BUSTOS, a partir del 31 de octubre de 2007, en cuantía de $433.700,oo, equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, en atención a que si bien fue efectuado el cálculo de dicha prestación con el 50% sueldo básico y la prima de antigüedad conforme a los artículos 13 y 18 del Decreto 4433 de 2004, como quiera que una vez efectuada la liquidación respectiva, su valor resultó inferior a un (1) SMLMV, consideró procedente reajustar la misma como lo establece la Ley 923 de 2004[9], sin embargo, no se efectuó la inclusión de la partida subsidio familiar, pese a que según la hoja de servicios del demandante, devengó en actividad dicha prestación. (fl. 79)

Visto lo anterior, se concluye que en el *sub judice* en la forma como lo dispuso el A quo, resultaba procedente inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en tanto, en dichas normas no se incluyó el subsidio familiar dentro de las partidas computables en la pensión por invalidez de los Soldados Profesionales adscritos a las Fuerzas Militares, como sí la estableció a favor de los Oficiales y Suboficiales, vulnerándose de ésta manera el derecho a la Igualdad dado que no existe razón alguna que justifique ese trato diferencial, que se torna además como discriminatorio, por tanto, no cabe duda que su pensión de invalidez debe ser reliquidada con la inclusión del subsidio familiar en el mismo porcentaje que devengó en actividad.

[9] Folios 32 y 33.

Con respecto a los argumentos de la alzada, no se discute que la entidad accionada adoptó su decisión siguiendo la literalidad del contenido que regula lo relacionado con el reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez de los Soldados Profesionales –Decreto 4433 de 2004 Art. 13-, sin embargo, no es menos cierto que al igual que las autoridades jurisdiccionales, aquellas que desempeñan funciones administrativas se encuentran revestidas de un grado de discrecionalidad suficiente para apartarse de aquellos preceptos normativos que soslayen el contenido de la Constitución Política, *máxime* cuando como el caso bajo análisis ello era necesario para proteger los derechos de rango Superior de una persona que por prestar sus servicios a la entidad encartada, resultó disminuido en su capacidad física para desempeñar cualquier labor, sin embargo, no lo hizo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Entidad Demandada deberá reliquidar la Pensión de Invalidez del Soldado Profesional MAURICIO ACEVEDO BUSTOS, incluyendo el subsidio familiar como partida computable, en el mismo porcentaje que venía percibiendo con anterioridad a la adquisición de su pensión, pero en la forma que se advirtió por el Juez de Primera Instancia, esto es, con la operancia del fenómeno de la prescripción, toda vez que entre la fecha desde en que se efectuó el reconocimiento de la citada prestación **-31 de octubre de 2007-** reconocida mediante la Resolución No. 1591 de 26 de abril de 2012 (fls. 32-33), y la fecha en que el demandante elevó derecho de petición ante el Ministerio de Defensa Nacional solicitando la reliquidación de su pensión de invalidez con la inclusión del subsidio familiar, esto es el **29 de octubre de 2015**, como se desprende la parte motiva del acto acusado, que reposa a folio 28 del cuaderno principal, transcurrieron más de tres años, fue acertado establecer que las mesadas causadas con antelación al 29 de octubre de 2012, se hallan prescritas, razón por la cual en este sentido, el fallo impugnado en cuanto se accedió a las pretensiones de la demanda, amerita ser confirmado.

- De la condena en costas en primera instancia.

Por otra parte, la entidad encartada, en su recurso de apelación se opuso a la condena en costas en primera instancia, en atención a que en su concepto en el escrito de contestación de la demanda fue propuesta la excepción de

prescripción del derecho reclamado, sin embargo, pese a que prosperó el medio exceptivo, discute que se haya condenado en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

En relación con la condena en costas, el A quo dispuso en el numeral 6º de la sentencia recurrida *"Condenar en costas a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA. Para tal fin se fija como agencias en derecho la suma de seiscientos cincuenta y ocho mil novecientos diecisiete pesos ($658.917), equivalente al 3% de las pretensiones."*[10]

Descendiendo al *sub examine*, emerge plausible determinar que la Juez de Primera Instancia aplicó de manera directa el régimen objetivo de las costas, en el entendido que además de haber prosperado las pretensiones de la demanda, el actor tuvo que formular demanda en contra de la accionada y para ello fue necesario el otorgamiento de poder a una Abogada, sufragar el pago de unos gastos procesales, y formular en audiencia inicial alegatos de conclusión, lo cual causó erogaciones a la parte actora.

Sin embargo, para la Sala, en el presente caso el A quo debió realizar un análisis previo a su imposición de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 365 del CGP[11], toda vez que no se acogieron íntegramente las pretensiones de la demanda, en la forma como formuló el actor en el líbelo introductorio, pues se declaró la extinción parcial del derecho reclamado por consolidarse el fenómeno prescriptivo, siendo tenidos en cuenta los argumentos de defensa de la entidad encartada, pues como se desprende de la contestación de la demanda allí fue propuesto el medio exceptivo de "prescripción", en consecuencia, al tenor del numeral 5º del artículo 365 del Estatuto Procesal Civil, el Juez de primer grado debió detenerse a analizar la conducta de las partes, y así, ponderar si era necesario o no la imposición de

---

[10] Folio 102 Vto. C. 2ª Instancia.

[11] ***Condena en costas.*** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)" –Negrilla de la Sala-

las costas y agencias en derecho, en vista que la demanda prosperó parcialmente, como se dijo en el párrafo precedente.

Revisadas las diligencias, la Sala observa que en concordancia con los argumentos de la alzada, la conducta de la Nación- Ministerio de Defensa estuvo ceñida a los postulados de buena fe, allegó la prueba documental que tenía en su poder sobre el particular y no hizo uso abusivo del derecho al ejercer su defensa y contradicción, en perjuicio del principio de lealtad procesal por el que deben estar revestidas las actuaciones de los extremos en un litigio.

Así las cosas, bajo los anteriores argumentos se concluye que este sentido el recurso de apelación presentado tienen vocación de prosperar de conformidad con los fundamentos que anteceden, en consecuencia, se revocará el numeral sexto del fallo de primera instancia, por lo que en su lugar se indicará que no hay lugar a imposición de costas y agencias en derecho en contra de la parte vencida en primera instancia, aclarando al recurrente que lo mismo obedece a la aplicación del pluricitado numeral 5º del artículo 365 del CGP.

IV. COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia a la parte recurrente, por haber prosperado parcialmente el recurso de alzada, además, que las mismas no se causaron, al no haber intervenido la parte actora con la presentación de alegatos de conclusión, como se corrobora con el informe secretarial visible a folio 135 del expediente.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia inicial de 9 de diciembre de 2016, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de

Sogamoso, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, a excepción del numeral 6º, el cual se **REVOCARÁ** y quedará así:

"SEXTO: Sin lugar a condena en costas en primera instancia.

Tercero.- Sin costas en esta instancia, por lo motivado.

Cuarto.- Una vez en firme la presente providencia, por secretaría **ENVÍESE** el expediente al despacho de origen. Déjense las constancias de rigor.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados:

FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Clara Inés Liberato Jiménez***
Demandado: Ministerio de Educación – FNPSM
Expediente: 15001 3333 001 ***2016 00106*** *01*

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 100 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 7 de septiembre de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir*** *de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Emma Sánchez de Sánchez
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP
Expediente: 15238-33-33-001-2016-00143-01

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 213 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 20 de septiembre de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir*** *de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 6 DIC. 2017

DEMANDANTE:	GONZALO SALCEDO TORRES Y OTROS
DEMANDADO:	E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO, E.P.S SALUD CONDOR S.A. ESP-RS
REFERENCIA:	156933331002-**2012-00012**-02
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

Revisado el expediente, se hace innecesaria la celebración de la audiencia de que trata el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 623 del C.G.P., por lo que se prescindirá de la misma. En consecuencia, se dispone correr traslado a las partes para que si lo consideran necesario, aleguen de conclusión.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: PRESCINDIR de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión, en los términos previstos en el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A. Vencido dicho término, se dará traslado al Ministerio Público para que emita concepto si lo considera.

TERCERO: Cumplido lo anterior, regrese el expediente al Despacho para proveer de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO

N °____De Hoy _____
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017

Medio de control: Reparación directa
Demandante: Luz Mayerly Pinilla y otro
Demandado: Municipio de Buenavista y otros
Expediente: 15001-33-33-002-2013-00133-01

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 638 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 2 de agosto de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir*** *de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO:	152383333002**201300289**-01
DEMANDANTE:	CARLOS ALBERTO MORENO ÁLVAREZ Y OTROS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO
TEMA:	ARROJAMIENTO DE TIERRA - FALTA DE PRUEBA
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia preferida el 17 de marzo de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Declaraciones y condenas (ff. 4-7)

Los señores CARLOS ALBERTO MORENO ÁLVAREZ, ANA MARLÉN MORENO TORRES, JAIRO HERNANDO MORENO TORRES, ÓSCAR WILLIAM MORENO TORRES y MARÍA ELVIRA CELY BAUTISTA, esta última actuando también en representación de sus menores hijos CAROL XIMENA BÁEZ CELY Y ANDRÉS LEONARDO NIÑO CELY, a través de apoderado judicial, instauraron demanda de reparación directa contra el MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO con el objeto de que se le declare responsable por los daños ocurridos el 8 de diciembre de 2011, cuando sin autorización se arrojaron a la finca El Ciruelo 2 escombros sacados de la vía pública carreteable que colinda con el predio.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se indemnizaran los perjuicios ocasionados en los siguientes montos:

- Por concepto de daño emergente: $8.844.000,oo.

- Por concepto de lucro cesante: $24.480.000,oo.

- Por afectación al buen nombre o *good will*: El equivalente al 85% del 15% del valor del inmueble.

- Por concepto de perjuicios morales: El equivalente a 100 SMLMV para cada uno de los demandantes.

Finalmente, pidió que se ordene la causación de intereses comerciales y moratorios sobre las anteriores sumas y que se disponga el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA (sic).

1.2. Hechos (ff. 7-13)

El apoderado de la parte demandante manifestó que el señor CARLOS ALBERTO MORENO ÁLVAREZ era propietario del inmueble ubicado en la vereda Quebrada Grande Camino Abajo, hoy Villanueva, del MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO, distinguido catastralmente con el No. 00-02-0006-0136-0000 y con los linderos indicados en la escritura pública No. 829 del 19 de julio de 1986 elevada ante la Notaría Primera del Círculo de Duitama, que fue registrada bajo la matrícula No. 092-10462 en la Oficina de Registro de instrumentos Públicos de Santa Rosa de Viterbo.

Indicó que el señor CARLOS ALBERTO MORENO ÁLVAREZ es padre de los señores ANA MARLÉN MORENO TORRES, JAIRO HERNANDO MORENO TORRES y ÓSCAR WILLIAM MORENO TORRES y compañero permanente de la señora MARÍA ELVIRA CELY BAUTISTA, quien es a su vez madre de los menores CAROL XIMENA BÁEZ CELY Y ANDRÉS LEONARDO NIÑO CELY.

Señaló que el señor MORENO ÁLVAREZ ha permitido a la señora MARÍA ELVIRA CELY BAUTISTA desde hace más de 10 años entrar en posesión material para coadministrar y explotar agropecuariamente el inmueble (denominado El Ciruelo 2), el cual hasta el 8 de diciembre de 2011 estaba dedicado al pastoreo de vacas de ordeño.

Esgrimió que la aludida finca queda ubicada al costado de una vía pública carreteable que conecta el área rural con el área urbana del MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO y agregó que en la ola invernal del año 2011, por fallas y ausencia de planes de manejo, se presentó el deslizamiento de un talud de tierra que cerró la aludida vía a la altura de la finca en mención.

Sostuvo que el 8 de diciembre de 2011 la Alcaldía del MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO envió un buldócer para la remoción del

deslizamiento y sin pedir permiso, expedir un acto administrativo o comprar o expropiar el predio de propiedad del señor MORENO ÁLVAREZ, se lanzaron grandes volúmenes de tierra estéril sobre la finca El Ciruelo 2, invadiéndola e inutilizando más de la mitad del predio con los escombros, los cuales dejaron sepultada la capa vegetal.

Manifestó que oportunamente y en varias oportunidades el señor MORENO ÁLVAREZ le pidió al Alcalde de la localidad que solucionara la problemática, sin que se ofreciera respuesta alguna.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (ff. 87-93)

Dentro de la oportunidad legal, la parte demandada específicamente frente a los hechos de la demanda sostuvo que durante los años 2010 y 2011 se presentó en el país la ola invernal más dramática de los últimos 40 años, que generó una grave emergencia social y económica.

Agregó que el MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO presentó un proyecto para la construcción de gaviones en un área contigua al predio, en ese entonces de propiedad del accionante, para contrarrestar el movimiento natural de tierras en el sector que había provocado deslizamientos con antelación.

Alegó que una vez evidenciada la situación de deslizamiento en el sector, el municipio envió los equipos y maquinaria con que contaba para habilitar la vía. Posteriormente, el ente territorial suscribió un contrato con el consorcio SOGCOP LTDA (sic), que realizó la obra de remoción de tierras y construcción de gaviones.

Refirió que, según el contratista, el accionante lo autorizó para remover algunas tierras y arrojarlas en su predio con el ánimo de mejorarlo y valorizarlo con relleno de dicho material. Solo después de esto el señor MORENO ÁLVAREZ se quejó con el Alcalde, lo que demuestra lo ambicioso y desbordado de sus pretensiones.

Hizo alusión a que el predio presuntamente afectado estaba ubicado en una zona de pendiente y en los terrenos menos valorizados del MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO por su ubicación, los continuos desplazamientos del sector y su baja utilidad, por lo que no se entendía el monto de las pretensiones.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante sentencia proferida el 17 de marzo de 2016, resolvió (ff. 159-162):

> *"(...) PRIMERO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda de Reparación Directa incoada por los señores CARLOS ALBERTO MORENO ÁLVAREZ y MARÍA ELVIRA CELY BAUTISTA, quienes actúan en su propio nombre y la segunda en representación de sus menores hijos CAROL XIMENA BÁEZ CELY Y ANDRÉS LEONARDO NIÑO CELY; y, ANA MARLÉN, JAIRO HERNANDO y OSCAR WILLIAM MORENO TORRES, contra el MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO. (...)"*

Para adoptar tal determinación, el *a quo* relacionó las pruebas obrantes en el plenario y concluyó que se había probado la existencia de un daño en razón de la presencia de material removido del derrumbe acaecido en la vía que colinda con el predio del accionante (que probó su titularidad sobre el bien); empero, precisó que no se había acreditado que el menoscabo fuera imputable al MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO sino que, por el contrario, se colegía que la situación se derivó de una *"inusitada cantidad de precipitación que se dio para la época de los hechos, que ocasionó el cierre de la vía debido a la cantidad de tierra desprendida que cayó sobre esta"*.

4. RECURSO DE APELACIÓN (ff. 167-178)

Inconforme con la decisión, la parte demandante por intermedio de su apoderado apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente:

Señaló que se presentaba una incongruencia en la sentencia ya que oficiosamente se pretendía defender a la entidad demandada endilgando el origen del daño a hechos naturales que no se han debatido, pues para limpiar la vía la entidad territorial sacó y lanzó la tierra y escombros sobre el terreno de los demandantes.

Agregó que la Juzgadora había ignorado las obligaciones y los deberes normativos en materia medioambiental y sostuvo que era incontrovertible la existencia de un daño y de la relación de causalidad.

Aseveró que se había configurado una falla en el servicio por omisión debido a la inundación del inmueble El Valle del MUNICIPIO DE JERICÓ por inundaciones derivadas de falta de limpieza y dragado del canal Vargas (sic).

Citó jurisprudencia sobre los defectos de procedibilidad en materia de tutela, la buena fe, la nulidad absoluta del contrato, el principio *pro actione* y los deberes del estado en materia medioambiental (sin indicar de qué providencias se extraía) e hizo referencia al Código Nacional de Recursos Naturales para concluir que no se había diseñado ni hecho efectivo ningún plan de manejo, mantenimiento y protección especial, que son requeridos por la zona.

Consideró vulnerados por parte de la entidad accionada los artículos 311, 315 numeral 2° y 65 (sic) de la Constitución y afirmó que los hechos, daños y nexos de causalidad estaban debidamente probados.

5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto del 28 de abril de 2016 (ff. 180) y fue admitido por esta Corporación mediante providencia calendada del 27 de junio de 2016 (f. 187). Posteriormente, a través de auto del 4 de agosto de 2016 se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (f. 191).

5.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1.1. Parte demandante (ff. 193-204)

Reiteró los argumentos esgrimidos en la demanda y el escrito de apelación.

5.1.2. Parte demandada

Guardó silencio.

5.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer si: *¿En el presente caso fue probado que el daño hubiera sido ocasionado por una acción u omisión de la entidad demandada?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

- ***Tesis argumentativa propuesta por la Sala***

La Sala confirmará la sentencia apelada en razón a que los elementos probatorios obrantes en el plenario, en especial los testimonios, no dan cuenta de qué persona o entidad arrojó la tierra retirada del derrumbe sobre el predio del accionante. Además, las manifestaciones efectuadas en la contestación de la demanda no pueden tenerse como confesión por expresa prohibición legal.

3. CASO CONCRETO

3.1. Material probatorio

Del expediente es posible extraer la acreditación de los siguientes hechos:

- Según consta en la escritura pública No. 829 del 19 de julio de 1986 elevada ante la Notaría Primera del Círculo de Duitama, la señora MARÍA ALICIA LEÓN DE CÁRDENAS le vendió al señor CARLOS ALBERTO MORENO ÁLVAREZ el predio denominado El Ciruelo 2 ubicado en la vereda Quebrada Grande Camino Abajo del MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO e identificado con cédula catastral No. 002-006-138 (ff. 21-23). Dicha escritura fue registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Rosa de Viterbo, de acuerdo a la anotación 2 del certificado de tradición respectivo (ff. 25-26).

- Fueron allegados los registros civiles de nacimiento de ÓSCAR WILLIAM MORENO TORRES, ANDRÉS LEONARDO NIÑO CELY, CAROL XIMENA BÁEZ CELY, ANA MARLÉN MORENO TORRES y JAIRO HERNANDO MORENO TORRES (ff. 27-31), así como también una declaración extrajuicio del 27 de enero de 2011 donde se afirma que los señores CARLOS ALBERTO

MORENO ÁLVAREZ y MARÍA ELVIRA CELY BAUTISTA eran compañeros permanentes desde hacía 5 años (f. 32).

- Fueron allegadas fotografías del predio supuestamente afectado; no obstante, se desconoce la fecha en que fueron tomadas (f. 99).

- Junto con la demanda se allegó un dictamen pericial referido al avalúo de los perjuicios sufridos por los accionantes (ff. 33-48), el cual fue sustentado por el profesional que lo elaboró en la Audiencia de Pruebas (f. 146 CD Min. 25:24 - 40:00).

- En la Audiencia de Pruebas se recibió la declaración de los testigos JOSÉ MILTON GALLO ROJAS y JOSÉ NICANOR ABRIL CUTA (f. 146 CD Min. 6:08 - 11:11 y 14:45 - 24:24).

3.2. Análisis de la Sala

El apoderado de la parte demandante centra los argumentos del recurso de apelación en (i) el supuesto indebido análisis del caso concreto por parte del *a quo* en razón a que aparentemente desvió el examen relativo al origen del menoscabo y, además, (ii) que resultaba incontrovertible la existencia de una falla en el servicio por omisión y la relación de causalidad.

Al respecto, la Sala comienza por aclarar que no existe controversia acerca del daño, que consiste en el arrojamiento de tierra improductiva sobre el predio del señor CARLOS ALBERTO MORENO ÁLVAREZ (titularidad que fue probada), que afectó la capa vegetal del área cercana a la vía colindante. Sin embargo, se considera que efectivamente la Juez de primera instancia realizó un análisis desacertado del hecho dañoso al reducirlo a un hecho de la naturaleza, como se lee enseguida en el párrafo contentivo del estudio caso concreto (f. 161 v.):

> *"(...) con las pruebas allegadas al proceso no es posible imputar el daño a la Entidad Territorial accionada, en tanto no se demuestra cuáles fueron las obligaciones legales que habrían sido desconocidas por la demandada para evitar el deslizamiento de tierra o que las actuaciones desplegadas por ésta hubieran generado el mismo; y, por el contrario, lo que se desprende de las pruebas que integran el plenario es que,* ***la situación se derivó de una inusitada cantidad de precipitación que se dio para la época de los hechos, que ocasionó el cierre de la vía debido a la cantidad de tierra desprendida que cayó sobre esta****. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

Sobre este punto, la Sala enfatiza que si bien el derrumbe que afectó la vía que colinda con el predio del señor MORENO ÁLVAREZ se produjo al

parecer por causa de fuertes precipitaciones, lo cierto es que de las pruebas que obran en el plenario no es posible extraer que la tierra desplazada hubiera llegado directamente al inmueble en mención por efecto de las lluvias sino que, por el contrario, se extrae que descendió por una acción humana. En este sentido, el *a quo* tácitamente atribuye el daño a una fuerza mayor (aunque no distingue claramente la imputación fáctica de la jurídica ni hace explícita la configuración del eximente) a pesar de que los testigos que depusieron dentro del proceso aseveraron que fueron unos contratistas quienes, con el ánimo de habilitar el paso en la carretera, arrojaron el material de forma consciente y voluntaria al predio El Ciruelo 2.

Lo anterior no significa que el apoderado de los demandantes hubiera acertado en cuanto al eventual fundamento del deber de responder del MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO, ya que lo hace gravitar alrededor del incumplimiento de obligaciones en materia medioambiental, a pesar de que, como se dijo, no fue un hecho de la naturaleza o uno directamente derivado de éste la que generó el menoscabo, sino la actividad humana.

Centrado entonces el debate y precisados los mencionados yerros con el fin de evitar que se desvíe el objeto de la alzada, esta Corporación considera que la discusión central en esta instancia radica en la imputación fáctica del daño, esto es, la determinación de a quién le es atribuible la lesión al derecho del señor CARLOS ALBERTO MORENO ÁLVAREZ en el plano material. Para dilucidar este asunto, las únicas pruebas arrimadas fueron las testimoniales[1], donde vecinos del sector rindieron sus declaraciones sobre este punto de la siguiente manera:

- Testimonio del señor JOSÉ MILTON GALLO ROJAS (Min. 7:02 - 7:52):

  "(...) INTERROGA LA JUEZ. PREGUNTA: Quiénes llegaron y echaron la tierra. CONTESTÓ: Los señores contratistas echaron la tierra sin permiso de don Carlos ahí por, para el lado abajo en caso de, creo que para evitarse costos y sin pedir permiso a don Carlos. PREGUNTA: Clarificando su respuesta anterior, infórmele al Despacho si usted sabe o le consta de quiénes eran contratistas a (sic) *los que usted alude en esa respuesta. CONTESTÓ:* ***No se quiénes eran los contratistas.*** *PREGUNTA: Infórmele al Despacho si usted sabe o le consta para quién trabajaban ellos. CONTESTÓ:* ***No me consta, pero prácticamente creo que le trabajaban al Municipio de Santa Rosa.*** *(...)"* (Negrilla fuera del texto original)

- Testimonio del señor JOSÉ NICANOR ABRIL CUTA (Min. 19:01 - 19:45 y 23:41 - 24:06):

[1] El objeto del dictamen pericial fue el de avaluar el monto de los perjuicios sufridos.

> *"(...) INTERROGA LA JUEZ. PREGUNTA: Clarifíquele al Despacho quiénes botaron la tierra en la finca de los demandantes. CONTESTÓ: Si fueron los contratistas pero eso sí lo único que no se es el nombre ni* (sic). *PREGUNTA: Infórmele al Despacho si usted sabe o le consta los contratistas a los que alude en respuesta anterior de quién eran contratistas, de alguna entidad, de quién. CONTESTÓ:* ***Ahí en eso sí no puedo yo decir nada porque yo no ni me di cuenta ni supe el nombre del contratista ni*** (sic). *(...) INTERROGA EL APODERADO DE LOS DEMANDANTES. PREGUNTA: Afirma don Carlos Moreno que ese derrumbe ocurrió para diciembre del año 2011 y que sin permiso empezaron a echar con buldócer tierra a su finca. CONTESTÓ: Sí cuando dieron ese contrato,* ***pero no sé qué entidad sería, eso no recuerdo qué, no me di cuenta de qué entidad.*** *(...)"* (Negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, resulta claro que los testigos no tenían conocimiento de quiénes eran los contratistas a los que hicieron alusión ni para quién trabajaban, y específicamente el señor JOSÉ MILTON GALLO ROJAS únicamente supuso que habían sido enviados por el MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE VITERBO sin tener convencimiento pleno de ese hecho. Por ende, ante la evidente orfandad probatoria del proceso, no puede tenerse como demostrado que fue la entidad territorial la que ocasionó el menoscabo.

Aclara la Sala que las manifestaciones efectuadas en la contestación de la demanda de ninguna manera pueden tenerse como prueba de la imputación fáctica, teniendo en cuenta lo preceptuado en el inciso 1° del artículo 217 del CPACA, que indica:

> *"(...) ARTÍCULO 217. DECLARACIÓN DE REPRESENTANTES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.* ***No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas.*** *(...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Al respecto, a pesar de que no fue directamente el representante legal de la entidad quien efectuó las aseveraciones plasmadas en la contestación de la demanda acerca de la forma como ocurrieron los hechos, en todo caso se llega a la prohibición antes citada en virtud de lo contemplado en el artículo 193 del CGP:

> *"(...) ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial* ***valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante****, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este sentido, si el apoderado no puede confesar sin autorización de su poderdante y, a su vez, este no tiene permitido legalmente confesar en ningún caso por representar una entidad pública, mal haría esta Corporación en considerar las aludidas afirmaciones como prueba en el proceso en razón a que en estos casos no se presume conferida autorización alguna por expresa disposición legal. No puede perderse de vista que para que valga la confesión el confesante debe tener capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte confesado (art. 191-1 CGP), lo cual, como se dijo, tiene severas restricciones tratándose de personas jurídicas de derecho público.

Inclusive, si se alegara que se configuró un allanamiento frente a la manera como ocurrió el hecho dañoso, lo cierto es que esta figura, para que sea eficaz, requiere del cumplimento de una formalidad que no se vislumbra en el *sub examine*, como lo es la autorización previa, expresa y escrita del representante legal del ente territorial (art. 176 CPACA). Esto en concordancia con lo preceptuado en el numeral 4° del artículo 99 del CGP, que establece que el allanamiento es ineficaz "*cuando se haga por medio de apoderado y este carezca de facultad para allanarse*".

Por lo tanto, en razón a que (i) la confesión de las entidades públicas está proscrita (tanto espontánea como provocada, incluyendo la que se hace a través de apoderado), (ii) no puede hablarse de la configuración de un allanamiento y (iii) los demás elementos de convicción no generan certeza frente a la atribuibilidad material del daño, las pretensiones de la demanda deben denegarse por el incumplimiento de la carga impuesta en el artículo 167 del CGP[2] por parte del apoderado de los demandantes.

En conclusión, esta Corporación confirmará la sentencia de primera instancia, con las precisiones efectuadas en esta providencia.

4. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 8° del artículo 365 del CGP, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante debido a que, aun cuando resultó impróspera la alzada, no fueron generados gastos en esta instancia y la parte accionada no desarrolló actuaciones dentro de la misma.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

[2] "*(...) ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)*"

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de marzo de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "*Justicia Siglo XXI*".

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 2 2017
EL SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE:	**CLEMENTINA GUERRERO DE SALAS**
DEMANDADO:	**UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP**
RADICACIÓN No:	**150013333002201500160001**

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Entidad demandada contra el fallo proferido en audiencia del 25 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora **CLEMENTINA GUERRERO DE SALAS** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP.**

II. ANTECEDENTES

2.1.- LA DEMANDA: por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora **CLEMENTINA GUERRERO DE SALAS,** solicitó que se declarara la nulidad parcial de la resolución No. RDP 040176 del 30 de agosto de 2013, mediante la cual la Entidad demandada negó la reliquidación de la pensión reconocida a la demandante, lo mismo que la nulidad de la resolución No. RDP 044176 del 24 de septiembre de 2013, la cual confirmó la anterior en su totalidad, al resolver el recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordenara a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, reliquidar y pagar su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, entre otras declaraciones y condenas.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante indicó que por haber cumplido los requisitos legales, la extinta CAJANAL le concedió una pensión de jubilación mediante la resolución No. RDP 007181 del 8 de agosto de 2012 efectiva a partir del 11 de febrero de 2012.

Agregó que posteriormente, la demandada reliquidó la prestación reconocida a la demandante, mediante la resolución No. RDP 015058 del 9 de noviembre de 2012, elevando la cuantía de la mesada.

Indicó que mediante apoderado solicitó a la Entidad demandada que reliquidara su pensión de jubilación con el promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio; no obstante la demandada negó tal pedimento y lo confirmó mediante los actos administrativos demandados (fl. 2-10).

2.2.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia proferida en audiencia llevada a cabo el 25 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, el Juez A quo manifestó que se encontraba probado que la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto en artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto para el 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia dicha disposición, contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio, por lo que concluyó que le era aplicable la Ley 33 de 1985, no sólo para efectos del tiempo de servicios y edad, sino para determinar el valor de su pensión.

De acuerdo con lo anterior, y con base en la Sentencia de Unificación de 04 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado bajo el radicado

interno No. 0112-09, el Juez de instancia dispuso que la demandante tenía derecho a que se le liquidara su pensión de jubilación tomando como base todos los factores que constituían salario y que devengó en el año anterior a su retiro del servicio, que lo fue del 1º de febrero de 2004 al 30 de enero de 2005 es decir además de los incluidos en el reconocimiento pensional, la prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

Finalmente, dispuso que la UGPP debería descontar de los factores salariales cuya inclusión se ordenaba, los aportes correspondientes con destino a salud y pensión, siempre y cuando sobre estos no se hubiese efectuado deducción legal, causadas con posterioridad al 5 de octubre de 2010 (fls. 152-154).

2.3.- *EL RECURSO DE APELACIÓN*. Inconforme con la decisión de primera instancia, **la apoderada de la entidad demandada** la impugnó oportunamente indicando que la demandante por reunir los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, era beneficiaria del régimen de transición, y por tanto, era viable reconocer su pensión de jubilación teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto establecido en el régimen anterior, esto es, el contenido en la Ley 33 de 1985, y que como el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es claro en establecer que las demás condiciones se rigen por lo estipulado en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, los factores sobre los cuales ha de liquidarse la pensión corresponden a los mencionados por la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, como lo es el Decreto 1158 de 1994 modificado por el Decreto 691 de 1994, sin que en los mismos estén enunciados los pretendidos por el demandante por lo que no se pueden incluir en el IBL.

De otra parte, aseguró que la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 29 de abril de 2015, dejó establecido que para los cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sus liquidaciones pensionales se debían realizar con la edad, el tiempo de servicios y el monto establecido en el régimen anterior, sin que pudiera

considerarse que el ingreso base de liquidación se calculara de la misma forma porque éste no fue un aspecto sometido a transición

Finalmente solicitó que se revocara la condena en costas, dado que su conducta en el proceso no fue dilatoria o temeraria (fl. 161-168).

2.4.- ALEGATOS DE CONCLUSION. En el término concedido para el efecto, los apoderados de las partes presentaron sendos escritos en los que reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de alzada y en la demanda respectivamente (fl. 185-200 y 201-208).

Sin embargo, la parte actora solicitó se unificara el criterio en cuanto a la orden de realizar los descuentos sobre los factores salariales que se ordenaban incluir en la reliquidación pensional, pues a su juicio, tal determinación generaba incertidumbre, el cual considera es un procedimiento arbitrario dado que impone la obligatoriedad del aporte en periodos en los que no existe obligatoriedad alguna o extralimitando otras normas que contienen un porcentaje que cubría otras obligaciones, indexando en cabeza del trabajador una obligación que no estaba bajo su recaudo.

III. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

En esta oportunidad la Sala entrará a determinar si la demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios prestados, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación tomando en cuenta sólo los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1995 y sobre los cuales se realizó aportes a pensión, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **(i)** Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado; **(ii)** Del alcance de la sentencias C-258 de 2013 y SU - 230 de 29 de abril de 2015 y SU-427 de 2016 emitidas por la Corte Constitucional; **(iii)** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones; y **(iv)** Caso Concreto y condena en costas.

3.1. De los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36[1] de la Ley 100 de 1993, norma que permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años de edad y de las mujeres con más de 35 años de edad, o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), **se rigieran por el régimen anterior** en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas anteriores a la vigencia de la citada Ley

---

[1] *"**ARTICULO. 36.- Régimen de transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

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

100, en el inciso 3º se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión.

Frente a dicha contradicción, la jurisprudencia de Consejo de Estado[2] ha precisado que "*no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y* ***monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación****), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio".* (Resaltado fuera del texto).

Así entonces, de lo expuesto se colige que el **monto** de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación, se rige, para las personas amparadas por el régimen de transición, por las normas anteriores a la

---

[2]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99, en los siguientes términos:

"(...) cuando la Ley empleó la palabra "monto", no fue para ***que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100***.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, ***que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.***" (Negrilla y subrayado fuer a del texto)

Ley 100 de 1993, en aplicación del principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En efecto, el régimen pensional anterior al establecido en la Ley 100 de 1993 resulta ser el previsto en la ley 33 de 1985, aplicable a los trabajadores del sector oficial, el cual en su artículo 1º consagra como regla general que tendrá derecho al reconocimiento y pago mensual de una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, el empleado que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años.

Por su parte, el artículo 3° de la ley 33, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, estableció que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante, el órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa en sentencia unificadora[3] proferida el 4 de agosto de 2010, adoptó la postura – aún vigente- en virtud de la cual, **la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**; tesis que se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las

[3] Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 25000-2325-000-2006-07509-01 (0112-2009), C.P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO.

finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso de las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías.

Acatando la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de unificación, resulta válido afirmar que todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

3.2 De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016 debe señalarse que sus consideraciones y efectos van dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes, -como lo es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado- son fuente de derecho, ostentan carácter vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad jurídica,

como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011[4] y C-816 de 2011[5], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[6], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
>
> *(...)*
>
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015,* ***no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa****; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una*

[4] *"11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.* ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante****"* (Negrilla fuera de texto)

[5] *"5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.* ***En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida****"* (Subraya fuera de texto)

[6] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.

(...)

En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[7], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016 proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social, disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[8], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el

[7] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 250002342000201301541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.
[8] Exp. 4683-13

porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.** Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso base de liquidación** como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos y finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores salariales que se ordenan incluir en la base de liquidación pensional, a los efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado, también lo es que Órgano Supremo de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos

fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[9].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

3.3. Caso concreto

Según consta en el plenario, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), la demandante tenía más de 35 años de edad (nació el 11 de febrero de 1957 documento 6 CD a folio 60), circunstancia que conduce a concluir que al cumplir con uno de los requisitos previstos en el inciso 2º del artículo 36 de la mencionada codificación, es beneficiaria del régimen de transición allí previsto. En consecuencia, para efectos de determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 sin que sea procedente aplicar lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues como se indicó en el marco normativo de ésta providencia, se debe aplicar en su integridad la Ley 33 de 1985, y al haber unificado su jurisprudencia el Consejo de Estado, estableciendo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los empleados oficiales, todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio, entrará la Sala entonces a examinar qué factores devengó la demandante del 29 de enero de 2004 al 30 de enero de 2005[10].

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. Jose Luis Barceló Camacho
[10] Como se indica en la resolución de reconocimiento pensional (fl. 29), lo cual es ratificado por la demandante en el hecho 3º del libelo (fl. 3)

En efecto, al revisar el certificado de factores salariales expedido por la Subgerente de la ESE Hospital Regional de Moniquirá (fls. 40-41), se constata que la demandante durante el último año de servicio laborado devengó los siguientes factores salariales: **salario, horas extras dominicales festivos, prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados.**

La extinta CAJANAL mediante la resolución No. RDP 007181 del 8 de agosto de 2012 reconoció a la demandante una pensión vitalicia de jubilación (fl. 27-31)), teniendo en cuenta en la base de liquidación pensional la asignación básica, las horas extras y prima de antigüedad.

Con posterioridad, la demandada mediante la resolución No. RDP 15058 del 9 de noviembre de 2012 modificó el mencionado acto administrativo, para aumentar la mesada pensional reconocida a la actora (fl. 33-38).

Ahora, al hacer la comparación de los factores salariales reconocidos por la entidad demandada y los devengados por la actora en el último año de servicios prestados **(31 de enero de 2004 a 1o de febrero de 2005)**, encuentra la Sala que en el acto administrativo de reconocimiento pensional **NO** se tuvieron en cuenta los siguientes factores salariales: **prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados.**

En este orden de ideas, concluye la Sala que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, -conforme lo expuesto en acápite anterior-, lo mismo que en acatamiento de mandatos Superiores y de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA, la pensión de jubilación reconocida a la demandante debe reliquidarse con la inclusión todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio, es decir, **salario, horas extras dominicales festivos, prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad y**

bonificación por servicios prestados y a partir del 11 de febrero de 2012, día siguiente a la adquisición del status de pensionada.

- De la prescripción

Teniendo en cuenta que entre el **14 de agosto de 2012,** fecha en que se notificó a la demandante de la expedición de la resolución No. RDP 7181 mediante la cual se reconoció su pensión de jubilación (fl. 32) y el **26 de julio de 2013** fecha en que solicitó la reliquidación de su pensión (fl. 22) y que entre esta fecha y el **11 de septiembre de 2015** fecha de presentación de la demanda (fl. 10vlto) **NO**, trascurrieron más de 3 años, puede concluirse que en el *sub judice* no se presenta el **fenómeno de la prescripción trienal** previsto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[11], y 102 del Decreto 1848 de 1969[12], tal y como lo declaró el Juez de instancia.

3.4. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones:

En este punto, reiterando la postura que se ha venido adoptando por esta Sala de Decisión[13], se dispondrá que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **CLEMENTINA GUERRERO DE SALAS**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que correspondía al entonces**

[11] "Artículo 41°.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."
[12] **Artículo 102°.-** Prescripción de acciones.
1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

[13] Ver entre otras, sentencias de 28 de junio de 2016 exp. 2013-732-00, Sentencia de 13 de septiembre de 2016 exp. No. 2013-674-00, y sentencia de 13 de septiembre de2016 exp. 2014-83-00, con ponencia del suscrito.

empleado. El monto máximo en el caso del demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

3.5 Del carácter objetivo de la condena en costas y de la excepción prevista en el C.G.P.

De otro lado, señala la recurrente que debe revocarse la condena en costas y agencias en derecho impuesta por la Juez de primera instancia, por cuanto la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha sido uniforme en señalar que ésta procede solamente cuando la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, actitud que asegura no ha existido por parte de la entidad demandada.

En efecto, en lo que refiere a la condena en costas, hay que decir que se produce un importante cambio en relación con la regulación que venía operando en el proceso contencioso administrativo, sistema que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 171 del C.C.A, dependía de si la parte vencida en el proceso había actuado con temeridad o mala fe, es decir, se trataba de un sistema subjetivo, toda vez que la norma en mención disponía que la condena en costas se haría "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes". De acuerdo con lo previsto por el artículo 188 del C.P.A.C.A[14]., las costas se regulan mediante remisión al

[14]**C.P.A.C.A. Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en 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.

Código de Procedimiento Civil (Art. 392)[15], en virtud del cual el nuevo sistema es objetivo, pues recordemos que la regla general del estatuto procesal enseña que se condena en costas a la parte vencida en el proceso sin que sea necesario examinar el comportamiento procesal de la parte, salvo cuando se trate de procesos donde se ventile un interés público[16].

Ahora, teniendo en cuenta que las costas[17], comprenden, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho,** entendidas como los gastos de apoderamiento en que ha incurrido el demandante aun cuando hubiese litigado personalmente, resulta procedente su fijación conforme lo prescribe el artículo 365 del C.G.P, acudiendo para ello a lo establecido en el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En este orden de ideas, y examinando la determinación adoptada por el Juez de primera instancia en la providencia recurrida, observa la Sala que las pretensiones prosperaron en su totalidad, en consecuencia, en virtud de lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., era procedente condenar en costas a la parte vencida en el proceso, tal como lo hizo el Juez a quo, por lo que se confirmará la sentencia en tal sentido.

IV. COSTAS

La Sala condenará en costas en ésta segunda instancia a la parte recurrente, por confirmarse la providencia apelada[18], y por encontrarse

---

[15]**C. de P.C. Artículo 392.**- Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º mod. 198. Modificado. Ley 794 de 2003, en art. 42. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:
1. Modificado. Ley 1395 de 2010, art. 19. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión, o anulación, que haya propuesto.
(...)
3. **En la sentencia se segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.**

[16]Benavides José Luis, "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 Comentado y Concordado, primera edición, Universidad Externado de Colombia, paginas. 418 y 419.

[17]Blanco Hernán, Procedimiento civil, tomo I. Dupré Editores, Bogotá Colombia 2005, pág. 1022. "las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho, ósea el pago de los honorarios de abogados que la parte ganancioso efectuó**, y a la que le deben ser reintegradas." [17]

[18]C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

causadas, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P., teniendo en cuenta que la parte actora ejerció actuaciones procesales en segunda instancia, se fija, como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $ 510.643 que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda ($17.021.456 fl. 10), ello, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, la liquidación de las costas y de las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmado, pero se **MODIFICARÁ** el *i)* numeral segundo, para incluir en la base de liquidación pensional la bonificación por servicios prestados y *ii)* el numeral 7º de la parte resolutiva en el sentido de ordenar que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, se efectúen los descuentos de los aportes al Sistema General de en Pensiones durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia del 25 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Excepto los numerales 2º y 6º de la parte resolutiva que se **MODIFICARÁ** así:

> *"**SEGUNDO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordena a la entidad demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL, reliquidar y pagar la pensión de jubilación reconocida a la demandante CLEMENTINA GUERRERO DE SALAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.777.973 de Moniquirá, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios comprendido entre el 31 de enero de 2004 y el 1º de febrero de 2005, teniendo en cuenta los siguientes factores, además de los tomados en la Resolución RDP 015058 de 2012: **la prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones y bonificación por servicios prestados; c**on efectos fiscales a partir del 11 de febrero de 2012, fecha de adquisición del status de pensionada.*
>
> ***SEXTO:** De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **CLEMENTINA GUERRERO DE SALAS**, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** con destino al Sistema General de Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso del demandante, no podrá superar el valor de la condena a su favor.*
>
> *En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado."*

Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la parte recurrente por haberse resuelto desfavorablemente su recurso de apelación, y por

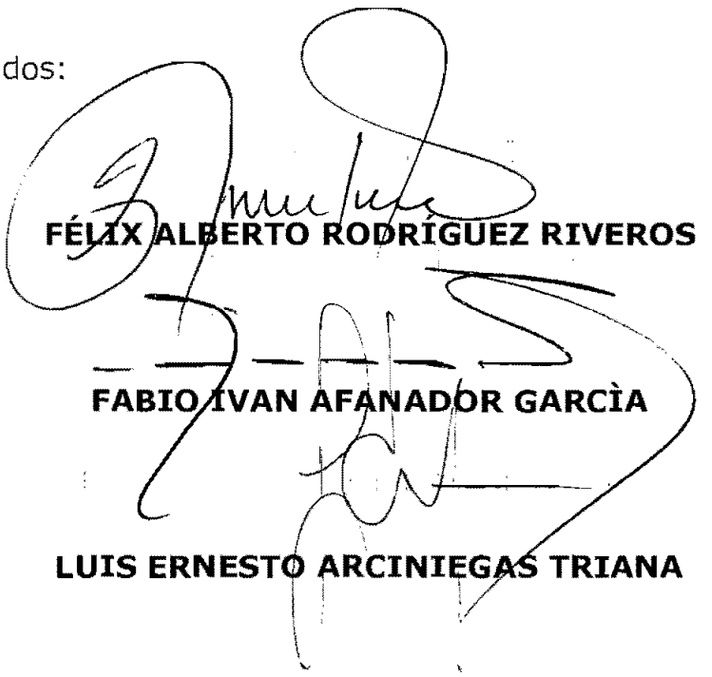
cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

Tercero: Fijar como agencias en derecho a cargo de la recurrente, la suma de $ 510.643 que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda ($17.021.456 fl. 10).

Cuarto: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE: CLEMENTINA GUERRERO DE SALAS
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 15001333300220150016001

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017

Medio de control: Controversias contractuales
Demandante: ***Luis Monroy Rojas***
Demandado: Municipio de Sogamoso
Expediente: 15238-33-33-002-2016-00002-01

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 20 de septiembre de 2017 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sogamoso.

Una vez sustentado tal como se evidencia en los escritos vistos a folios 632 a 635 y 636 a 680, mediante auto de 15 de noviembre de 2017 (fls. 684 y vto. y CD a fl. 686 c.2) el juzgado lo concedió en efecto suspensivo y ordenó remitirlo a esta Corporación.

Para resolver se considera:

1. Oportunidad:

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada al buzón electrónico el 21 de septiembre de 2017, el recurso fue interpuesto y sustentado el día 2 de octubre de 2017 por la parte demandante y demandada

Teniendo en cuenta lo anterior se dirá que los recursos fueron ***presentados oportunamente.***

2. Procedencia:

El artículo 243 del CPACA prevé que "Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces..."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en ***primera instancia*** *y la sentencia que* ***accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.*** *En efecto, el recurso presentado por las partes es procedente.*

3. De la conciliación:

El artículo 192 del CPACA, en su inciso 4, prevé:

> *"Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación,* ***que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso****. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso". Resaltado fuera de texto*

Observa el Despacho a folios (fls. 684 y vto. y CD a fl. 686 c.2), que el 15 de noviembre de 2017 se llevó a cabo audiencia de conciliación posterior al fallo, en la que comparecieron las partes y fue declarada fracasada.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Admitir el recurso de apelación*** *interpuesto por Luis Monroy Rojas, parte demandante y el Municipio de Sogamoso, parte demandada, contra la sentencia de 20 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sogamoso, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.*

2. ***Notifíquese*** *personalmente éste auto al* ***Ministerio Público*** *delegado ante ésta Corporación de conformidad con el numeral 3 del artículo 198 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ___ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucia Rincon Arango
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante: **Gonzalo Mahecha Cuervo**
Demandado: **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social**
Expediente : **15001-3333-002-2016-00011-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2016, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. RDP 29577 de 17 de julio de 2015, por medio de la cual la entidad demandada negó la reliquidación de su pensión de jubilación, y de la Resolución No. RDP 42306 de 15 de octubre de 2015, la cual resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior, confirmándola.

A título de restablecimiento, solicitó que se reliquide y pague su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2014, y que sobre las diferencias de las mesadas pensionales adeudadas se le paguen los ajustes de valor conforme el IPC, desde el 31 de diciembre de 2014 y hasta cuando se pague su totalidad, tal como lo autoriza el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, adujo violación de la Constitución y la ley como causal de nulidad, por inaplicación de las normas especiales contenidas en las leyes 33 y 62 de 1985, dado que se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y como quiera que consolidó plenamente su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Añadió que conforme el criterio unificado del Consejo de Estado las pensiones de los empleados estatales amparados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se deben liquidar con todas las sumas que habitual y periódicamente reciben como retribución del servicio, ello en atención al carácter meramente enunciativo de los factores enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985.

Aseguró que el hecho de no incluir el IBL como parte integral de la transición desconoce los principios de favorabilidad, progresividad e igualdad material, de modo que el criterio interpretativo del Consejo de Estado es el que más se asemeja a los principios y valores de rango constitucional, además de ser un criterio de autoridad por tratarse del máximo órgano de lo Contencioso Administrativo.

En lo que respecta a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, manifestó que las mismas no son aplicables al caso ni pueden hacerse extensivas de manera automática, toda vez el análisis de constitucionalidad de la primera se circunscribe al régimen pensional de los congresistas, mientras que la segunda tiene efectos inter partes, pues los supuestos facticos allí analizados son disímiles de los que en el presente caso se debaten, además de que tales criterios no podrían aplicarse retroactivamente a situaciones jurídicas consolidadas, so pena de vulnerar derechos adquiridos.

Finalmente, alegó falsa motivación como causal de nulidad, por desconocimiento de los antecedentes de hecho y de derecho aplicables al caso,

y por la no inclusión en la liquidación pensional de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 14 de marzo de 2016, en el que además se ordenó notificarla a la entidad accionada, al agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 81-82).

1. Contestación de la demanda (fls. 93-102)

La apoderada de la UGPP manifestó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que, por tanto, tiene derecho a pensionarse con los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto del régimen anterior, no obstante lo cual, los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión deben ser los estipulados en el Decreto 1158 de 1994. Agregó que, en criterio de la Corte Constitucional, una interpretación que permita la inclusión de todos los factores, sin consideración a si estos tienen carácter remunerativo o si sobre los mismos se realizaron cotizaciones, es inconstitucional por detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social.

Señaló que no es opcional para la entidad el reconocimiento y aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en tanto la misma resulta ser fuente de derecho y garantía de seguridad jurídica para autoridades y particulares. En el mismo sentido, indicó que es válido para la entidad apartarse del precedente fijado por el Consejo de Estado en torno a la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, toda vez que la figura de la extensión de la jurisprudencia contempla la posibilidad de apartarse de la misma cuando la entidad considere que se trata de interpretaciones erradas.

Solicitó que se dé aplicación al criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, de acuerdo con el cual el monto de las mesadas pensionales corresponde únicamente a los factores salariales efectivamente cotizados, lo cual considera encuentra asidero en los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad del sistema de seguridad social integral.

Indicó que, en aplicación de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, la forma de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, ya que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, y excluye el promedio de liquidación.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: inexistencia de la obligación o cobro de lo debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, prescripción de mesadas, y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

2. Audiencia inicial

Evacuadas las etapas previstas en la audiencia inicial (fol. 170-171), el *a quo*, previo a proferir decisión de fondo, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión:

Parte demandante (CD. fol. 172)

Reiteró los argumentos expuestos como fundamento de la demanda.

Parte demandada

Se ratificó en lo manifestado en la contestación de la demanda. Agregó que en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado señaló que las sentencias de la Corte Constitucional no constituyen jurisprudencia sino doctrina constitucional, tal como lo establecen los artículos 241 y 243 de la Constitución Política. En el mismo sentido, refirió un concepto del Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Trabajo de acuerdo con el cual, si bien no deben ignorarse las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, debe acatarse con prevalencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El Ministerio Público

Precisó que en lo que atañe al ingreso base de liquidación pensional para los beneficiarios del régimen de transición el Consejo de Estado ha indicado que no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial en los aspectos de edad, tiempo y monto pensional, debe entenderse que este último comprende el porcentaje y la base de liquidación. En tal sentido, aseveró que en aplicación de la ley anterior y la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, los factores salariales enlistados en la Ley 33 de 1985 no impiden la inclusión de otros factores devengados en el último año de prestación de servicios.

Frente a la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, aseguró que las mismas fueron expedidas en consideración a supuestos fácticos diferentes del caso particular y que de acogerse la variación interpretativa de la Corte Constitucional se afectaría el derecho de la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas.

Con base en lo anterior, solicitó declarar la nulidad de los actos enjuiciados y, a título de restablecimiento, ordenar la reliquidación de la pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

IV. FALLO RECURRIDO

Mediante fallo proferido el 19 de septiembre de 2016, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Tunja accedió a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Señaló que en relación con el ingreso base de liquidación se debe aplicar la tesis del Consejo de Estado, según la cual las pensiones de quienes se encuentran beneficiados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se deben liquidar conforme las leyes 33 y 62 de 1985, aplicadas en su integridad, por cuanto no es posible aplicar en forma retroactiva el criterio interpretativo que sobre el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hiciera la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Así mimo, indicó que la entidad demandada reliquidó la pensión de jubilación del demandante conforme lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta como factores salariales la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, las horas extra y los gastos de representación, siendo que para tales efectos debía tener en cuenta todos los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio oficial, que remuneraran directamente el servicio y que se pagaran de manera habitual, por lo que además de los reconocidos debía incluir la bonificación de productividad y las primas de servicios, de navidad y de vacaciones.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La entidad demandada sustentó el recurso de apelación (fls. 192-203), reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4º del artículo 192 del C.P.A.C.A., el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación (fls. 210-211), el cual fue admitido en providencia de 10 de mayo de 2017 (fl. 215).

A través de proveído de 11 de agosto de 2017, se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo traslado para alegar de conclusión, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A. (fl. 221).

Parte demandante (fls. 240-242)

Insistió en la inaplicabilidad de las sentencias C258 de 2013 y SU-230 de 2015, proferidas por la Corte Constitucional, reiterando la tesis del Consejo de Estado acerca de que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 debe interpretarse en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, criterio que resulta razonable y favorable tanto a los derechos laborales como a las finanzas públicas.

Agregó que no obstante el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional para todos los operadores judiciales, su precedente opera desde el momento en que se conoce la decisión de unificación, pues su aplicación depende de la época en que se consolidó el derecho pensional del empleado,

advirtiendo que el caso concreto se enmarca en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2010.

Parte demandante (fls. 224-239)

Reiteró los argumentos expuestos tanto en la contestación de la demanda como en el recurso de apelación. Agregó que si bien el demandado pudo haber devengado otros factores salariales, no obra prueba de los respectivos aportes o cotizaciones al sistema, por lo que no habría lugar a considerarlos para efectos del reconocimiento del monto de su pensión, ni por ende, al reajuste pensional, a la actualización monetaria, ni a la indexación sobre los valores objeto de la condena.

El Ministerio Público (fls. 243-255 vto.)

Señaló que el demandante se encuentra dentro de los supuestos del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que si bien es cierto la entidad accionada reconoció la pensión al amparo de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad y tiempo de servicio, también lo es que en lo que respecta al IBL la misma fue liquidada con fundamento en la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario, y no, como corresponde, con todos los factores salariales, tal como lo prevé la jurisprudencia del consejo de Estado.

Respecto de la obligatoriedad del precedente vertical, afirmó que la Corte Constitucional ha dicho que los jueces deben seguir el proferido por el superior funcional de su respectiva jurisdicción; así mismo, como razones jurídicas para apartarse de la aplicación de las sentencias de la Corte, señaló que en la Sentencia C-258 de 2013 no se aborda la constitucionalidad de otros regímenes pensionales diferentes al especial de los congresistas, y que la

Sentencia SU-230 de 2015 estudió una decisión de la Corte Suprema de Justicia acerca de la reliquidación de la pensión de un trabajador oficial del Banco Popular, de manera que los fundamentos fácticos allí estudiados difieren de los expuestos en el asunto bajo estudio. En similar sentido, indicó que conforme los fundamentos de la Sentencia SU-427 de 2016, dado que el actor no detentó una situación administrativa de encargo en su último empleo, de la cual pudiera predicarse un abuso del derecho por el otorgamiento de una pensión con un salario diferente a aquel sobre el cual cotizó, tampoco resulta aplicable esta última jurisprudencia.

Así las cosas, atendiendo a la obligatoriedad de la aplicación del precedente del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en consideración a la situación fáctica del demandante, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de los actos enjuiciados y ordenó la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicio.

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Debe este Tribunal determinar si procede liquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, a quienes como el demandante se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Para despejar este interrogante, la Sala considera necesario establecer la posibilidad de liquidarla con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, teniendo en cuenta que no existe controversia respecto de que el actor se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

2. - Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que el demandante se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que, por lo mismo, se le deben aplicar los requisitos establecidos en la ley anterior para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, si los dispuestos en la citada disposición, como lo afirma la parte demandada, o al contrario, los establecidos en la norma anterior, como lo expuso la apoderada de la actora.

La Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, señala:

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

De conformidad con lo anterior, al demandante le es aplicable la citada ley, toda vez que en virtud del principio de inescindibilidad no se puede para una misma situación fáctica aplicar varias disposiciones normativas.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado:

> "(…) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales"[1]

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección "A" Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 26 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-08992-01(2559-07).

Entonces, para establecer cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en el caso del demandante, no se puede desconocer lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, la cual estableció la sub-regla que debe observarse para resolver asuntos como el que actualmente se examina, con el propósito de garantizar principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral. Actuando en consonancia con la precitada decisión, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, además que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Así las cosas, no obstante ser aplicables al accionante, para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación, las normas establecidas en la precitada ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto que debe atenderse el criterio de unificación en mención, en el que se consideró que la pensión debe liquidarse con base de todos los factores salariales devengados en el último año; luego, para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación periódica, ha de atenderse este criterio en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

Bajo este criterio, estima la jurisprudencia de la cual se viene hablando que, acorde con lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley 1045 de 1978, los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar el monto pensional eran superiores a los enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985,

disposiciones que por demás no contienen una lista taxativa de los factores salariales que han de servir de base para establecer el salario plante de liquidación, sino meramente enunciativa, lo que permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador en el último año de servicio, criterio que hace reconocimiento también al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que impone tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral por parte del trabajador.

No sobra advertir que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha ratificado la tesis expuesta, v. gr la sentencia de 26 de agosto de 2010, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159- 01, asimismo, la sentencia del mismo ponente de 3 de febrero de 2011, expedida por la Subsección B, radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Entonces, atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, como en el caso de la accionante, se tendrán en cuenta los factores devengados en el último año de servicio, y no solo aquellos sobre los cuales la accionada liquidó.

En tal sentido, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, que conforme a las certificaciones salariales se encuentren acreditados.

Así las cosas, establecido como quedó líneas atrás que los ordenamientos que rigen la liquidación pensional del accionante son las Leyes 33 y 62 de 1985, es claro que tiene derecho a que se le incluyan en la liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el último año de prestación del servicio, esto es, entre el 1 de enero y el 30 de diciembre de 2014 (fl. 69).

De conformidad con la certificación expedida por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (fls. 67-68), el peticionario percibió los siguientes factores salariales en el último año de servicio: asignación básica, gastos de representación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación de productividad y vacaciones en dinero, de los cuales la entidad demandada sólo tuvo en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante la asignación básica, los gastos de representación y la bonificación por servicios (CD fol. 92 doc. 51), luego, significa que excluyó las primas de servicio, navidad y vacaciones, la bonificación de productividad y las vacaciones en dinero.

La Bonificación de Productividad

El Decreto 1444 de 1992, *"Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados públicos docentes de las universidades públicas del orden nacional"*, en su artículo 5, estableció para esta clase de servidores un estímulo consistente en el reconocimiento de puntaje adicional cuando, estando vinculados a la respectiva universidad, acrediten producción científica, técnica, artística, humanística y pedagógica.

Posteriormente, el Decreto 2912 de 2001, eliminó los pagos salariales desagregados por productividad académica o intelectual, e impuso un sistema de bonificaciones de naturaleza monetaria no salarial, dentro de las que expresamente consignó los reconocimientos por productividad académica, así:

> CAPÍTULO IV
>
> De las bonificaciones por productividad académica
>
> Artículo 13º. Generalidades
>
> Se establece un sistema de bonificaciones, que no constituyen salario. Las bonificaciones son reconocimientos monetarios no salariales correspondientes a actividades específicas de productividad académica y no contemplan pagos genéricos indiscriminados. A diferencia de los reconocimientos salariales por productividad (Artículo 7º) que tienen un carácter

> global, las bonificaciones se pagan por cada modalidad productiva. En los actos administrativos mediante los cuales se hacen los reconocimientos de bonificaciones, debe constar el valor del pago y la modalidad y actividad concreta que lo origina, de tal modo que por esta actividad concreta haya un reconocimiento por una sola vez.
>
> Para todos los empleados públicos docentes de las universidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal, amparados por este régimen o por otro distinto (por no haber optado por este decreto), se eliminan los pagos salariales desagregados por productividad académica o intelectual y se reemplazan por el sistema de bonificaciones que se introduce en este capítulo. Como reconocimiento salarial a la producción intelectual general de los docentes, se utiliza el método de Evaluación Periódica de Méritos.
> (…).”

Por su parte el Consejo de Estado, al respecto del carácter salarial de dicho reconocimiento, dada la entrada en vigor del Decreto 2912 de 2001, consideró:

> "Derogó este Decreto el régimen de remuneración de los docentes universitarios, como lo señaló expresamente en su artículo 61 y, en su lugar, redujo los factores que habrían de sumarse al ingreso mensual, de tal manera que el componente referido a actividades de dirección académico – administrativa desapareció de la remuneración. Así se desprende del artículo 3º que consagra los factores para la asignación de puntos salariales de la remuneración inicial. Y en cuanto a los factores que inciden en la modificación de los puntos salariales para los docentes vinculados al Decreto, previó solamente los títulos correspondientes a estudios universitarios de pregrado o posgrado, la categoría dentro del escalafón docente y la evaluación periódica de méritos, a la cual se someten voluntariamente los docentes aspirantes a reconocimientos salariales por su buen desempeño, con la limitante de que solo la tercera parte de ellos podría acceder al beneficio, previa inscripción, según lo advierte el artículo 12. (…).
>
> Como puede observarse, el Decreto cuestionado introdujo una variación fundamental, al sustituir la experiencia calificada por la evaluación periódica de méritos, factor éste para el cual previó, así mismo, una forma de valoración diferente, bajo otros parámetros y mucho más restringida.
>
> La productividad académica, por su parte, fue concebida como factor sólo para la determinación inicial del salario de los docentes que ingresen o reingresen a la carrera docente, cuya asignación de puntos será, además, global y fue expresamente eliminada como pagos desagregados para todos los docentes; pasó a convertirse en una bonificación, que según voces del artículo 13 no constituye salario y se paga por cada modalidad productiva[2]. (…).”

Es así que, si bien, según el certificado expedido por la entidad demandada (fls. 41-68), el actor solo percibió la bonificación de productividad en el año anterior a su retiro (diciembre de 2014), esto es, en vigencia del Decreto 2912 de 2001, el cual le restó el carácter salarial a dicha partida, la misma no podría ser considerada para efectos pensionales, menos, teniendo en cuenta que el

[2] Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, C.P. Jaime Moreno García

actor laboró al servicio de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, de manera ininterrumpida, desde el año 1974 (fl. 40), con lo que tampoco resulta pasible de aplicación del artículo 7 del Decreto 2912 de 2001[3], de acuerdo con el cual a quienes ingresen o reingresen a la carrera docente se les liquida de manera global el puntaje salarial de productividad académica, de acuerdo con las distintas modalidades.

Vacaciones en dinero

Sobre el particular, la Sección Segunda del Consejo de Estado, bajo la premisa que constituyen salario las sumas que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio, excluyendo aquellas que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador puede verse enfrentado, en sentencia del 4 de agosto de 2010, frente al reconocimiento de la indemnización por vacaciones como factor salarial, sostuvo:

> "(…)No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional."

De manera que el pago o indemnización por vacaciones tampoco será considerado para efectos de la reliquidación pensional del actor, en tanto que no constituye salario ni prestación, sino un descanso remunerado no computable para fines pensionales.

---

[3] [3] **Artículo 7º. La productividad académica**

I. Definición de puntajes y topes según la modalidad productiva.

A los docentes que ingreses o reingresen a la carrera docente se les liquida el puntaje salarial de productividad académica de acuerdo con las distintas modalidades académicas, sus criterios y sus diversos topes. No obstante, la asignación de puntos es global y está determinada por el cumplimiento de las disposiciones previstas en el numeral IV de este artículo. Se tiene en cuenta la producción académica, sin el requisito de crédito o mención a la universidad respectiva:

(…)."

Por lo expuesto, la Sala modificará en lo pertinente la sentencia de primera instancia, para excluir de la base de liquidación pensional la bonificación de productividad.

3. -Descuentos para aportes al sistema de seguridad social en pensiones

En éste aspecto, el Tribunal se permite rectificar la posición adoptada el 24 de agosto de 2015 por la Sala de decisión No. 1 dentro del proceso 1523833333002-2013-07101, M.P. Fabio Iván Afanador García, sentencia acompañada por el ponente en dicho asunto, en la que se sostuvo que el periodo de descuentos a realizarse en materia de aportes corresponde al año de consolidación del derecho.

El cambio de criterio, se debe a varias posturas asumidas por el Consejo de Estado en las que considera que se debe ordenar su descuento sobre el retroactivo de toda la vida laboral, con el fin de proteger el erario público y los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social.

En este punto, es pertinente destacar que las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social constituyen una obligación de carácter parafiscal, dado que son producto de la soberanía fiscal del Estado y gozan de una destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible, por lo que la acción para su cobro prescribe a los cinco años conforme al artículo 817 del Estatuto Tributario.

En suma, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones lo es durante toda la vida laboral, dicho mandato se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores.

Es de precisar que, a juicio del Tribunal, la sentencia es constitutiva de la obligación, en tanto antes de que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación, ni el Estado, ni el empleado estaban obligados a aportar por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985; en consecuencia, sólo cuando el demandante - pensionado pide la reliquidación pensional con todos los factores y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador.

4. –De las sentencias C-258 de 2013 y SU -230 de 2015

Sobre este punto, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la entidad accionada en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta para el efecto los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Para el caso debatido se dirá que la sentencia de constitucionalidad aplica únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, es decir, en concreto y para el caso allí debatido y no en abstracto y en relación a todos (erga omnes) respecto del IBL de las pensiones, conforme se expuso en la sentencia de unificación.

Estos aspectos son suficientes para justificar la inaplicación de la sentencia de unificación, por parte de éste Tribunal, aún más cuando esta Corporación debe acatar la línea jurisprudencial de su superior funcional - Consejo de Estado - (precedente vertical), que para el presente caso no es otro que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, tal y como lo ordenan los artículos 10 y 270 del C.P.A.C.A.

5. –Prescripción de las mesadas pensionales

Las mesadas pensionales, por tratarse una prestación de carácter periódico, pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados – art. 164 num 1º lit c) del C.P.A.C.A-, vale decir, no opera la caducidad de la acción; sin embargo, sí hay lugar a la prescripción del derecho a percibirlas. En lo pertinente, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

> "1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de l968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
>
> 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".

En consonancia con la norma transcrita, los derechos o prestaciones que no son reconocidos por la entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el sujeto afectado desde el momento a partir del cual se hacen exigibles.

Debe resaltarse que si bien esta Corporación al realizar el estudio de la configuración de cosa juzgada en asuntos de reliquidación pensional, determinó que la prescripción debía contarse desde la ejecutoria de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado que dio solución a ese conflicto, tal postura fue revaluada, unificando el Tribunal su jurisprudencia en el sentido de computar el término de la prescripción, para todos los efectos, en la forma dispuesta por la norma atrás referenciada.

En ese orden de ideas, se tiene:

- Que al demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. 5329 de 8 de marzo de 2001, condicionada a retiro (fls. 21-24), la cual fue reliquidada por medio de la Resolución No. 39935 de 26 de marzo de 2012 (CD fol. 92 doc. 51).

- Que el 16 de marzo de 2015 solicitó la reliquidación de su pensión de vejez (fls. 25-27).
- Que la anterior petición le fue negada mediante Resolución RDP 29577 de 17 de julio de 2015 (fls. 29-31 vto.), a su vez confirmada con Resolución RDP 42306 de 15 de octubre de 2015, por la cual se resolvió un recurso de apelación (fls. 36-38 vto.).
- Que se acudió en demanda ante la jurisdicción el 29 de febrero de 2016 (fl. 79).

De conformidad con lo expuesto, para la Sala no hay lugar a decretar la prescripción trienal de las diferencias de las mesadas reconocidas, toda vez que la solicitud de reliquidación fue presentada el 16 de marzo de 2015 y como quiera que se acude en demanda ante la Jurisdicción el 29 de febrero de 2016, con lo que no se cumplen los presupuestos que para tal fin prevé el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, de modo que no hay sumas prescritas.

En tales circunstancias, la Sala modificará en lo pertinente la decisión de primera instancia, para fijar la efectividad fiscal del reajuste a partir del 1 de enero de 2015, día siguiente al del retiro definitivo del servicio del actor.

6. –De la Sentencia SU-427 de 2016:

De forma reciente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de 2016, en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:

> "…6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[4] de quien se

[4] *En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y*

aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[5].
6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario[6], lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (…)."

6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (…)."[7]

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión…" (Resaltado fuera de texto)

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[8], enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un abuso del derecho que, podría decirse, se tipifica cuando en el

---

(iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."
[5] *Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*
[6] ***Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.***
[7] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*
[8] Ver entre otras, SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "…*Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral*."

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, según se extrae del certificado de servicios aportado (fls. 40-68), la siguiente fue la historia laboral del demandante en los últimos 10 años de servicio, período que se justifica atender, en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional podría llegar a denotar abuso del derecho:

Periodo	**Cargo**	**Entidad**
1 de enero de 2005 a 30 de diciembre de 2014	Docente – Escuela de Educación Física	Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Adicionalmente, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia fueron los que durante los últimos 10 años de su historia laboral devengó el actor, sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos.
En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

7. –Procedencia de la condena en costas en primera instancia

Por último, frente a la condena en costas, debe recordarse que el artículo 188 del C.P.A.C.A. admite la posibilidad de resolver sobre las mismas de conformidad con las normas del Procedimiento Civil, dejando como única excepción los procesos en que se ventile un interés público.

En cuanto a la condena en costas, el Consejo de Estado, en sentencia de 16 de abril de 2015, precisó:

> "Si bien una lectura rápida de la disposición, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión *"dispondrá"*, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.
>
> Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide".

Y en aplicación del nuevo procedimiento administrativo, es evidente que no debe probarse el abuso del derecho o la mala fe para proceder a condenar en costas, debiendo aplicarse las reglas establecidas en el artículo 365 del C.G.P., que para el caso, dispone que se condenará en costas a la parte vencida.

Resta decir que el nuevo estatuto adoptó en esta materia un criterio objetivo, siguiendo la tendencia moderna en materia procesal que sugiere hacer abstracción de la intención y de la conducta asumida por la parte vencida, como una forma de estimular el ejercicio diligente y serio del derecho de acción.

Así, en atención a la prosperidad de las pretensiones y por tratarse de un asunto en que en la jurisprudencia ha tenido un desarrollo pacífico, se confirmará también en este aspecto la sentencia.

8. -Costas y agencias en derecho

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la entidad demandada, en virtud de que no prosperó el recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas. Igualmente, se fija como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $437.500.oo, que corresponde al 2% de la estimación de la cuantía indicada en la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, el 19 de septiembre de 2016, que accedió a las pretensiones de la demanda, salvo el numeral segundo, que quedará así:

> SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U. G. P. P., reliquidar en debida forma, reconocer y pagar al señor GONZALO MAHECHA CUERVO, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.113.438, el valor de la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de los

salarios devengados durante el último año de servicio, esto es, del 1 de enero al 30 de diciembre de 2014, con los factores salariales asignación básica, gastos de representación, y las doceavas partes de la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de navidad y la prima de vacaciones, con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2015, dado que no operó el fenómeno prescriptivo.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte accionada, en virtud a que no prosperó el recurso de apelación. El *a quo* procederá a su liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO. FIJAR como agencias en derecho, a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, la suma de $437.500.oo.

CUARTO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: OSCAR CORTÉS RODRÍGUEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP
RADICADO: 15001-33-33-002-2016-00045-01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad accionada contra el fallo de fecha nueve (9) de febrero de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor **OSCAR CORTÉS RODRÍGUEZ** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP.**

II. ANTECEDENTES

***2.1.- LA DEMANDA*:** Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor OSCAR CORTÉS RODRÍGUEZ solicitó declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. RDP 043879 de 23 de octubre de 2015, suscrito por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP y que negó al actor la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de los factores

salariales establecidos en la Ley 33 de 1985, Decreto 1848 de 1969, el Decreto 3135 de 1968 y la Ley 1045 de 1978; y la Resolución Nº. RDP 001879 de 22 de enero de 2016, expedida por la misma entidad, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el primero de los actos administrativos mencionados, confirmándolo en su integridad.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene reliquidar y pagar su pensión de jubilación, en equivalencia al 75% de la totalidad de factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a su retiro definitivo -24 de noviembre de 1994- conforme al régimen aplicable a los servidores públicos del sector oficial incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados por concepto de asignación básica mensual, prima de alimentación, horas extras, dominicales y festivos, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales de esta jurisdicción.

Adicionalmente, que se condene a la accionada a liquidar y pagar las diferencias entre lo que se ha cancelado en virtud de la Resolución No. 09621 de 10 de mayo de 2002, y la sentencia que ponga fin al proceso, las cuales deberán ser indexadas, y reajustadas conforme a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, se reconozca y pague a favor del demandante el valor de las mesadas pensionales que se causen por la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de vejez y los respectivos reajustes, se indexe la primera mesada conforme a la sentencia C-862 de 2006.

Así mismo, se paguen a su favor las diferencias adeudadas dejadas de reconocer y hasta cuando se pague su totalidad incluyendo el ajuste conforme al IPC certificado por el DANE, y se dé cumplimiento a la sentencia en la forma establecida en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, y reconozca los intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, condenado en costas y agencias en derecho a la demandada conforme al artículo 188 *ibídem*.

Como sustento de sus declaraciones, expuso que el señor OSCAR CORTÉS RODRÍGUEZ prestó sus servicios al estado por más de 20 años, desempeñando como último cargo el de Chofer del Instituto Regional de Vías de Boyacá, siéndole reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL una pensión de jubilación a través de la Resolución No. 09621 de 10 de mayo de 2002, en cuantía de $774.885,03, a partir del 22 de septiembre de 2001, sin que se haya tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, a saber, asignación básica mensual, prima de alimentación, horas extras, dominicales y festivos, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad.

El interesado radicó el 17 de junio de 2015, ante la UGPP solicitud de revisión de la pensión de jubilación, para que fueran incluidos en su liquidación todos los factores salariales que percibía a 24 de noviembre de 1994, fecha de su retiro, recibiendo de manera negativa por la Administración a través de la Resolución No. RDP 043879 de 23 de octubre de 2015, decisión que fue confirmada con la Resolución No. RDP 001879 de 22 de enero de 2016, que desató el recurso de apelación interpuesto en contra de la inicialmente mencionada. (fls. 2-7)

2.2.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia proferida el 9 de febrero de 2017, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, el A quo manifestó que se encontraba probado que el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto en artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la que indicó que le era aplicable la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, no sólo para efectos del tiempo de servicios y edad, sino para determinar el valor de su pensión, en atención que para la fecha de entrada en vigencia contaba con más de 40 años de edad y 15 años de servicio.

De acuerdo con lo anterior, y con base en la Sentencia de Unificación de 04 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del H. Consejo de

Estado, la Juez de instancia dispuso que la demandante tenía derecho a que se le liquidara su pensión de jubilación tomando como base todos los factores que constituían salario y que devengó en el año anterior a su retiro del servicio, que lo fue entre el 31 de diciembre de 1993 y 31 de diciembre de 1994, es decir, que además de la asignación básica, horas extras, dominicales y festivos que fueron tenidos en cuenta por CAJANAL EICE al momento de calcular su mesada pensional, también deberían ser incluidos por ser pagados de manera habitual y remunerar directamente el servicio, la prima de vacaciones, prima semestral, prima de alimentación y prima de navidad, por ser emolumentos que constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como lo establece expresamente el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Finalmente, dispuso que se encuentra probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad accionada, al observar que la solicitud de reliquidación pensional se efectuó únicamente hasta el 17 de junio de 2015, declarando la prescripción de mesadas que se causaron con anterioridad al 17 de junio de 2012, así, como que la UGPP deberá encargarse de descontar de los factores salariales cuya inclusión se ordenaba, los aportes correspondientes con destino a salud y pensión, durante los últimos 5 años de vida laboral del actor, teniendo en cuenta la prescripción extintiva de que trata el artículo 817 del Estatuto Tributario. (fls. 129-139)

2.3*. EL RECURSO DE APELACIÓN*: Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la entidad demandada la impugnó oportunamente, indicando que por reunir el actor los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es beneficiario del régimen de transición, y por tanto, es viable reconocer su pensión de jubilación teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto establecido en el régimen anterior, esto es, el contenido en la Ley 33 de 1985, y que como el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es claro en establecer que las demás condiciones se rigen por lo estipulado en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, los factores sobre los cuales ha de liquidarse la pensión corresponden a los mencionados por la Ley 100 de 1993, y demás normas

concordantes, como lo es el Decreto 1158 de 1994 modificado por el Decreto 691 de 1994, sin que en los mismos estén enunciados los pretendidos por el demandante por lo que no se pueden incluir en el IBL.

De otra parte, aseguró que la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 29 de abril de 2015, dejó establecido que para los cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sus liquidaciones pensionales se debían realizar con la edad, el tiempo de servicios y el monto establecido en el régimen anterior, sin que pudiera considerarse que el ingreso base de liquidación se calculara de la misma forma porque éste no fue un aspecto sometido a transición.

Finalmente, solicitó que se revocara la decisión de condenar las costas a la demanda, pues indicó que durante el trámite procesal no mostró una actitud dilatoria o temeraria, y además porque prosperó el medio exceptivo de prescripción propuesto por la entidad, de tal manera que al haberse accedido parcialmente a las pretensiones de la demanda, la condena en costas debe ser revocada. (fls. 146-161)

2.4. *TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA*. El recurso de apelación se admitió mediante auto de 21 de junio de 2017, (fl. 174), y por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., se ordenó por auto de 15 de agosto de 2017, correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que, si a bien lo consideraba, emitiera su concepto. (fl. 178)

2.5. TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION. En el término concedido para el efecto, la apoderada de la **entidad demandada** presentó escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en la alzada y en la contestación de la demanda, respectivamente. (fls. 180-198)

Por su parte, la Agencia del **Ministerio Público** solicitó se confirme la sentencia recurrida, accediendo a la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, dado que en contraposición a lo expuesto por la entidad

demandada en la alzada, la sentencia SU-427 de 2016, no resulta ser un precedente directo aplicable al caso en concreto por la disimilitud de fundamentos facticos, por pregonarse allí el abuso del derecho que genera el otorgamiento de una pensión con salario de Fiscal Delegado ante Tribunal a un funcionario que cotizó en un rango inferior, por el sólo hecho de habérsele encargado en el empleo poco más de un mes, cuando en el caso concreto del actor, aquel no detentó situación alguna de encargo en su último empleo, y por el contrario se probó que si devengó los factores salariales que se ordenó fueran incluidos en la sentencia de primera instancia. (fls. 199-204)

El **apoderado del demandante** no hizo pronunciamiento alguno en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En ésta oportunidad la Sala entrará a determinar si la demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación tomando en cuenta sólo los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1995 y sobre los cuales realizó sus aportes a pensión, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **(i)** Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado; **(ii)** Del alcance de la sentencias C-258 de 2013 y SU - 230 de 29 de abril de 2015 y SU-427 de 2016 emitidas por la Corte Constitucional; **(iii)** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones; y **(iv)** Caso Concreto y condena en costas.

3.1. De los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36[1] de la Ley 100 de 1993, norma que permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años de edad y de las mujeres con más de 35 años de edad, o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), **se rigieran por el régimen anterior** en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas anteriores a la vigencia de la citada Ley 100, en el inciso 3º se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión.

Frente a dicha contradicción, la jurisprudencia de Consejo de Estado[2] ha precisado que "*no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley*

---

[1] ***ARTICULO. 36.- Régimen de transición.*** *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

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

[2] Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99, en los siguientes términos:

"(...) cuando la Ley empleó la palabra "monto", no fue para ***que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se***

100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y ***monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación****), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio".* (Resaltado fuera del texto).

Así entonces, de lo expuesto se colige que el **monto** de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación, se rige, para las personas amparadas por el régimen de transición, por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En efecto, el régimen pensional anterior al establecido en la Ley 100 de 1993 resulta ser el previsto en la ley 33 de 1985, aplicable a los trabajadores del sector oficial, el cual en su artículo 1º consagra como regla general que tendrá derecho al reconocimiento y pago mensual de una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, el

---

aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, ***que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.***" (Negrilla y subrayado fuer a del texto)

empleado que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años.

Por su parte, el artículo 3° de la ley 33, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, estableció que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante, el órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa en sentencia unificadora[3] proferida el 4 de agosto de 2010, adoptó la postura – aún vigente- en virtud de la cual, **la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**; tesis que se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso de las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías.

Acatando la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de unificación, resulta válido afirmar que todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo aquellos que se encuentran

[3] Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 25000-2325-000-2006-07509-01 (0112-2009), C.P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO.

enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

3.2 De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016 debe señalarse que sus consideraciones y efectos van dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes, -como lo es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado- son fuente de derecho, ostentan carácter vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad jurídica, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011[4] y C-816 de 2011[5], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

---

[4] "*11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.*[4] ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante***" (Negrilla fuera de texto)

[5] "*5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.* ***En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida***" (Subraya fuera de texto)

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[6], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
>
> *(...)*
>
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015,* ***no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa****; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*
>
> *(...)*
>
> *En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[7], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el*

[6] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

[7] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 2500023420002013-01541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016 proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social, disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[8], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.** Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se

[8] Exp. 4683-13

aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso base de liquidación** como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos y finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores salariales que se ordenan incluir en la base de liquidación pensional, a los efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Concejo de Estado, también lo es que Órgano Supremo de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[9].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. Jose Luis Barceló Camacho

3.2. Caso concreto.

Se encuentra demostrado en el plenario, más exactamente con el acto administrativo de reconocimiento de pensión de vejez, que el demandante nació el 22 de septiembre de 1946[10], por lo tanto, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía 48 años de edad, razón que conduce a concluir que hace parte del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con más de 40 años a la fecha en que inició a regir. En consecuencia, para efectos de determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, sin que sea procedente liquidar su pensión de jubilación con los factores salariales enunciados en el Artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, pues como se indicó en el marco normativo de ésta providencia, el H. Consejo de Estado unificó su jurisprudencia indicando que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los empleados oficiales, todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicio.

Por lo anterior, entrará la Sala a determinar cuáles de los factores devengados por la actora durante el último año de servicios, deben ser tomados en cuenta para determinar su base de liquidación pensional, y si la apreciación al respecto por parte del A quo fue acertada o equivocada, como lo aduce la UGPP en su escrito de apelación.

Al observar el certificado de tiempo de servicios obrante a folio 33 del plenario, expedido por parte del Director Regional Boyacá del Instituto Nacional de Vías- INVIAS, observa la Sala que el demandante durante el último año de servicio laborado en dicha entidad, esto es, del 1º de enero de 1994 al 31 de diciembre del mismo año, devengó los siguientes factores salariales: **Asignación básica, prima de alimentación, horas extras, dominicales y festivos, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad.**

[10] Folios 18-22.

A su turno, la Caja Nacional de Previsión en la Resolución No. 09621 de 20 de mayo de 2002, por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación a la actora teniendo en cuenta únicamente la **asignación básica, dominicales y feriados y horas extras,** en una cuantía equivalente a $774.885,03,oo. (fls. 18-22)

Ahora bien, al hacer una comparación de los factores salariales reconocidos por la entidad demandada, y los devengados por el actor en su último año de servicios prestados, encuentra la Sala que en el acto administrativo de reconocimiento pensional, se tuvo en cuenta sólo como ingreso base de liquidación la asignación básica, dominicales y feriados y horas extras, echándose de menos lo relacionado con la prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

Precisa la Sala que aunque el actor también devengó durante éste periodo las vacaciones, las mismos no serán computables para efectos pensionales, como quiera que no constituyen salario, tal y como lo señaló la sentencia unificadora del Consejo de Estado de 04 de agosto de 2010, al indicar que *"las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador"*, no pueden ser considerados como factor salarial para calcular la pensión de jubilación.

En este orden de ideas, concluye la Sala que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, -conforme lo expuesto en acápite anterior-, lo mismo que en acatamiento de mandatos Superiores y de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA, la pensión de jubilación reconocida al demandante debe reliquidarse con la inclusión todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio, es decir, no solo con el sueldo básico, dominicales, feriados y horas extras, sino también la prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios, y con efectos fiscales a partir del **17 de junio de 2012**, con ocasión de la consolidación del fenómeno prescriptivo causado en las mesadas anteriores a dicha calenda, como para a explicarse a continuación.

De otro lado, se concluye que en contraposición al argumento de apelación elevado por la entidad accionada, y concerniente a la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015, es oportuno enfatizar como se hizo en el acápite de marco jurídico de esta providencia, que la Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de Unificación emitida por el H. Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente.

- De la prescripción

Así las cosas, teniendo en cuenta que a la demandante se le reconoció pensión de jubilación a partir del **22 de septiembre de 2001**, fecha en que adquirió el status pensional, forzoso resulta concluir que en el *sub judice* ha operado de forma parcial el fenómeno de la prescripción previsto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[11], y 102 del Decreto 1848 de 1969[12], de las mesadas causadas con antelación al **17 de junio de 2012**, como quiera que el demandante elevó solicitud de reliquidación pensional el día 17 de junio de 2015 (fls. 14-17), y haber transcurrido más de tres (3) años entre una y otra fecha, emergiendo como acertada la consideración efectuada por el A quo al respecto, de ordenar la reliquidación de la pensión a partir del 17 de junio de 2012, como se expuso en el párrafo que precede.

---

[11] "Artículo 41°.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

[12] **Artículo 102°.-** Prescripción de acciones.

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

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

- **De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones**

En este punto, reiterando la postura que se ha venido adoptando por esta Sala de Decisión[13], se considera que es procedente que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor **OSCAR CORTÉS RODRÍGUEZ,** la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP**, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso de la demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993, y tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

En vista que el A quo en el numeral 6º de la sentencian objeto de estudio dispuso que la entidad accionada deberá efectuar los descuentos a cargo del empleado que no se hubiesen efectuado al Sistema General de Pensiones, entre el 31 de diciembre de 1989 y el 31 de diciembre de 1994, esto es, durante sus últimos 5 años de vida laboral como se expuso en líneas que anteceden, en este sentido la sentencia también será confirmada.

[13] Ver entre otras, sentencias de 28 de junio de 2016 exp. 2013-732-00, Sentencia de 13 de septiembre de 2016 exp. No. 2013-674-00, y sentencia de 13 de septiembre de2016 exp. 2014-83-00, con ponencia del suscrito.

- **De la condena en costas en primera instancia**

Se opuso la apoderada judicial de la UGPP en su recurso de alzada a la condena en costas en primera instancia, considerando que a lo largo del trámite procesal no mostró una actitud dilatoria o temeraria, y al haber prosperado el medio exceptivo de prescripción propuesto por la entidad, y accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda, no había lugar a su imposición.

Al respecto, hay que decir que en lo relativo a la condena en costas se produjo un importante cambio en relación con la regulación que venía operando en el proceso contencioso administrativo, sistema que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 171 del C.C.A, dependía de si la parte vencida en el proceso había actuado con temeridad o mala fe, es decir, se trataba de un sistema subjetivo, toda vez que la norma en mención disponía que la condena en costas se haría "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes".

De acuerdo con lo previsto por el artículo 188 del C.P.A.C.A[14]., las costas se regulan mediante remisión al Código de Procedimiento Civil (Art. 392)[15], en virtud del cual el nuevo sistema es objetivo, pues recordemos que la regla general del estatuto procesal enseña que se condena en costas a la parte vencida en el proceso sin que sea necesario examinar el comportamiento procesal de la parte, salvo cuando se trate de procesos donde se ventile un interés público[16].

[14]**C.P.A.C.A. Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en 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.

[15]**C. de P.C. Artículo 392.-** Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º mod. 198. Modificado. Ley 794 de 2003, en art. 42. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:
1. Modificado. Ley 1395 de 2010, art. 19. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión, o anulación, que haya propuesto.
(...)
3. **En la sentencia se segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.**

[16]Benavides José Luis, "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 Comentado y Concordado, primera edición, Universidad Externado de Colombia, paginas. 418 y 419.

Ahora, teniendo en cuenta que las costas[17] comprenden, además de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho,** entendidas como los gastos de apoderamiento en que ha incurrido el demandante aun cuando hubiese litigado personalmente, resulta procedente su fijación conforme lo prescribe el artículo 365 del C.G.P, acudiendo para ello a lo establecido en el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura.

En este orden de ideas, y examinando la determinación adoptada por la Juez de primera instancia, observa la Sala que razón tiene la parte demandada al afirmar que en el *sub judice* las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente por virtud de la declaratoria de prescripción parcial de las mesadas pensionales de la actora, como se indicó en el numeral primero de la sentencia[18], en consecuencia, era potestativo del Juzgado imponer o no las costas, y como en el *sub lite* fueron impuestas por el A quo, era necesario que en la sentencia se advirtieran las razones por las que se optó por tal determinación conforme lo dispone el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P., pero como quiera que el Juzgador de primer grado se limitó a imponerlas manifestando que la imposición procedía únicamente por estar a cargo de la parte vencida, considera la Sala que habrá que revocarse el numeral 10º de la sentencia apelada, para en su lugar señalar que no habrá condena en costas en primera instancia, debido a que al examinar el proceso no se encuentra que la entidad demandada haya incurrido en un ejercicio abusivo del derecho, y menos cuando en la contestación de la demanda uno de sus fundamentos de defensa fue la proposición de la excepción de *"prescripción de mesadas"* (fl. 62), la que como se mencionó en líneas precedentes, tuvo vocación de prosperidad.

---

[17]Blanco Hernán, Procedimiento civil, tomo I. Dupré Editores, Bogotá Colombia 2005, pág. 1022. "las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho, ósea el pago de los honorarios de abogados que la parte gananciosa efectuó,** y a la que le deben ser reintegradas." [17]

[18]Fl. 138 vto.

IV. COSTAS

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación prosperó parcialmente por efectos de la revocatoria de la condena en costas en primera instancia a favor de la demandada, la Sala se abstendrá de imponer condena en costas en esta instancia con fundamento en lo previsto en el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P., aunado al hecho, que las mismas no se encuentran causadas ante la falta de intervención de la parte actora en esta instancia al guardar silencio en la etapa de alegatos de conclusión.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de febrero de 2017, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, **EXCEPTO** el numeral 10º de la parte resolutiva que se **REVOCARÁ** y quedará así:

> *"**DÉCIMO.-** Sin costas en primera instancia".*

Segundo.- Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero.- Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría **ENVÍESE** el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA

HOJA DE FIRMAS

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: OSCAR CORTÉS RODRÍGUEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP
RADICADO: 150013333002-2016-00045- 01

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 4
MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE: JAIRO AUGUSTO HERNANDEZ RAMIREZ
DEMANDADO: DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL DE TUNJA
RADICACION: 15001333300220160007601

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la providencia proferida el en audiencia llevada a cabo el 18 de julio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, mediante el cual se declaró probada la excepción de inepta demanda y se dio por terminado el proceso.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

Actuando mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Jairo Augusto Hernández Ramirez, solicitó la declaratoria de nulidad del acto administrativo – oficio DESTJ15-3240 de 29 de diciembre de 2015, suscrito por el Director Ejecutivo Seccional de Administración judicial de Tunja. A título de restablecimiento del derecho, solicitó se le reintegrara a un cargo equivalente de igual o mayor categoría del que venía desempeñando hasta el 29 de diciembre de 2015, ordenando así mismo el pago de todos los derechos salariales y prestacionales a que tiene derecho desde el 29 de diciembre de 2015 hasta cuando se le vincule nuevamente a las funciones que se le deben asignar; que en caso de que no fuera posible acceder a tal petición, solicitó se pagara a su favor la

indemnización a que hubiese lugar teniendo en cuenta las tablas de indemnización por desvinculación sin justa causa.

1.2. La providencia recurrida

Se trata del auto proferido en audiencia llevada a cabo el 18 de julio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, mediante el cual se declara probada la excepción previa de inepta demanda por falta de requisitos formales y se da por terminado el proceso.

Para arribar a dicha conclusión, la juez de primera instancia, luego de referirse a la excepción de inepta demanda, a los actos pasibles de control judicial y de citar jurisprudencia sobre el tema, precisó que el oficio No. DESTJ15-3240 de 29 de diciembre de 2015, resultaba ser un acto de trámite y por tanto, no enjuiciable ante esta Jurisdicción.

Así, declaró probada le excepción de inepta demanda y dio por terminado el proceso (fl. 67-70).

1.3. Fundamentos del recurrente

El apoderado de la parte demandante señaló que el acto administrativo que contiene la decisión que da por terminada la relación entre su representada y la entidad demandada es el oficio acusado, que no obstante, acogiendo la tesis expuesta por esta Corporación, debía darse la oportunidad a esa parte, para que integrara el acápite de pretensiones, con la inclusión de aquella mediante la cual se busque la nulidad del acto administrativo que dio origen al que se demanda en esta oportunidad y no, dar por terminado el proceso, como lo decidió la Juez de instancia (Min. 20:50 a 29:25)

1.4. Traslado del recurso

Apoderado de la entidad demandada. Solicitó se denegara el recurso de apelación teniendo en cuenta que la demanda debió haber sido rechazada, pues el acto administrativo demandado no es enjuiciable, pues tiene naturaleza de trámite; que a similar conclusión ha arribado el Tribunal Administrativo de Boyacá en asuntos de contornos fácticos similares, confirmando la decisión de declarar probada la excepción de inepta demanda, pues es el acto que nombra al servidor en propiedad y con ello basta para que la persona que lo ocupaba en provisionalidad diera por terminado su vínculo laboral.

Adujo que si bien el Tribunal Administrativo de Boyacá en un pronunciamiento con ponencia del Suscrito, se ordenó que la parte demandante integrara sus pretensiones demandando el acto que nombró a la persona en propiedad, lo cierto es que tal pronunciamiento se encuentra en trámite al haber sido propuesta una causal de nulidad, por lo que –a su juicio- no puede ser tenido en cuenta dado, que no se encuentra en firme.

Finalizó señalando que el demandante habría podido solicitar a la entidad demandada la expedición del acto administrativo que dio origen al que se demanda en esta oportunidad y que para ello, había una etapa procesal correspondiente, por lo que estimó que no era procedente la integración de las pretensiones con la inclusión del acto demandado que retiró del servicio al actor (Min 29:45 a 37:33).

La Agente del Ministerio Público solicitó que se confirmara la decisión recurrida, en la medida que el actor no demandó el acto administrativo que resolvió su situación jurídica y que en tal virtud, la demanda debió ser debidamente formulada, pero no pretender modificar el acápite de pretensiones de la demanda en esta instancia procesal (Min 37:43 a 43:57).

II.- CONSIDERACIONES

2.1. De los actos administrativos pasibles de control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Caso Concreto.

Podrá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, quien pretenda atacar la legalidad de actos administrativos de carácter particular que lesionen su derecho subjetivo.

De conformidad con lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de la administración que crea, extingue o modifica un derecho o una situación jurídica.

Ahora bien, la jurisprudencia contenciosa ha señalado[1] que los actos administrativos se pueden clasificar en (i) *definitivos,* como aquellos que contienen la declaración de voluntad, dirigida al ejercicio de la función administrativa, que producen efectos jurídicos; en otras palabras, que crean, reconocen, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares y concretas; (ii) *preparatorios o de trámite*, que tienen como objeto impulsar un procedimiento administrativo sin que esto implique la determinación de una situación jurídica concreta, y (iii) *de ejecución*, que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado.

A su vez el artículo 43 del C.P.A.C.A., ha definido que son actos definitivos aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar la actuación

[1] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez, sentencia de primero (1) de octubre de dos mil catorce (2014) Rad. Nº: 11001-03-27-000-2014-00041-00(21170)

A partir de lo anterior, ha definido la jurisprudencia de manera pacífica que, son los actos definitivos, aquellos pasibles de ser demandados ante ésta jurisdicción; al respecto, el órgano de Cierre precisó[2]:

> *"Para resolver, la Sala reitera[3] que las acciones impugnatorias, es decir, aquellas acciones mediante las cuales se ventilan pretensiones dirigidas a atacar la validez de un acto administrativo particular[4], parten de un presupuesto fundamental que consiste en que no todos los actos de la Administración son actos administrativos propiamente dichos y, por ende, susceptibles de cuestionamiento por la vía jurisdiccional. Dicho de otro modo, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se ha de dirigir contra los actos jurídicos definitivos, que son los verdaderos actos administrativos, y no contra actos de impulso de un procedimiento, ni contra actos de mera ejecución de procedimientos concluidos. Así, por ejemplo, los actos preparatorios, los actos de simple ejecución y los actos de trámite, no son demandables mediante este tipo de acciones. Solamente los actos definitivos pueden ser demandados.* ***Y por acto definitivo se entiende aquel que resuelve de fondo la cuestión planteada ante la Administración. En otras palabras, acto definitivo particular es el que comúnmente niega o concede el derecho reclamado ante la autoridad y que, por ende, crea, modifica o extingue una situación jurídica, con efectos vinculantes para el particular.*** *El único acto de trámite demandable es el que declara desistida la petición en interés particular, según el artículo 17 de la Ley 1437 de 2011[5].*
>
> *No todo lo que la Administración dice o hace se traduce en un acto administrativo demandable, de ahí que se hable de los actos de la Administración para diferenciarlos de los actos administrativos propiamente dichos.[6]"* (Negrilla del Despacho)

---

[2] Consejo de Estado. Sección Cuarta. Auto del 15 de mayo de 2014. C.P. Hugo Fernando Bastidas Cárdenas. Radicación No. 20001-23-33-000-2013-00005-01

[3] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá, once (11) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación: 25000-23-27-000-2007-00120-02 [18456]. Demandante: ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO MERCANTIL S.A. ALMACENAR Demandado: DIAN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

[4] El acto general o reglamento también se puede impugnar, pero no requiere de ningún agotamiento de vía gubernativa o cosa parecida.

[5] Artículo declarado inexequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-818 del 1° de noviembre de 2011, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Los efectos de la declaración de inexequibilidad fueron diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014.

[6] En otro contexto distinto al que se está tratando, pero refiriéndose a actos análogos al ahora analizado, el tratadista Roberto Dromi define el simple acto de la administración, para diferenciarlo del acto administrativo propiamente dicho. Dice Dromi:

> *"El simple acto de la Administración es la declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta. Son simples actos de la Administración las propuestas y los dictamines.*
>
> *(...)*
>
> *Los simples actos administrativos están exentos de eficacia jurídica directa e inmediata, y tienen un régimen jurídico propio. No obstante, se les aplica analógicamente el régimen jurídico del acto administrativo.*

A partir de lo anterior, y descendiendo al caso concreto, tenemos que con la demanda se persigue la nulidad del oficio No. DESTJ15-3240 de 29 de diciembre de 2015, mediante el cual el Director Ejecutivo Seccional de Administración judicial comunicó al demandante que el señor Carlos Ernesto Numpaque Piracoca fue nombrado en propiedad y en el régimen de carrera judicial como profesional Universitario Grado 11 de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración judicial de Tunja, para desempeñar sus funciones en el área de Talento Humano, a partir del 31 de diciembre de 2015 (fl. 15)

Pues bien, tomando en consideración lo previsto en líneas anteriores, ha de indicarse en primer lugar que, en efecto, el oficio demandado NO es el que define la situación jurídica del señor Jairo Augusto Hernández Ramirez- retiro del servicio-, pues este se contrae a comunicarle el nombramiento en propiedad del señor Carlos Ernesto Numpaque Piracoca en el cargo que aquel ocupaba.

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido la postura,- que comparte este Despacho-, en virtud de la cual el oficio de comunicación no es enjuiciable pues no constituye un acto administrativo, dado que el mismo no crea, mi modifica situación alguna, y su función consiste en poner en conocimiento la decisión contenida en otro acto administrativo[7]. Adicionalmente, ha precisado el órgano de Cierre de lo Contencioso, que si, en gracia de discusión pudiera anularse la comunicación, ello resultaría infructuoso, pues no tendría ningún efecto jurídico respecto del acto que determinó el retiro del demandante, toda vez que continuaría vigente el acto de retiro, de tal manera que no procede emitir pronunciamiento de fondo en relación con el oficio demandado[8].

Los simples actos de la Administración no gozan del principio de estabilidad. Tampoco son susceptibles de impugnación. Son irrecurribles (art. 80, RLNPA) y no requieren publicación ni notificación. Sólo basta el conocimiento del órgano que solicitó la propuesta o el dictamen.

Derecho Administrativo. Roberto Dromi. Ediciones Ciudad Argentina. 5ª Edición. 1996. Páginas 291 y ss.

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección B, sentencia de 31 de octubre de 2013, expediente No. 05001-23-31-000-2002-03400-01(1388-12), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.
[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de diciembre de 2008, expediente No. 73001-23-31-000-2001-02849-01(4316-03, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

En consecuencia, el acto que debió demandarse ante esta jurisdicción conforme con el restablecimiento pretendido, fue el contenido en la resolución No. 2748 del 4 de noviembre de 2015,*"Por medio de la cual se realiza un nombramiento en propiedad del cargo de Profesional Universitario 11-Grupo 3-Talento Humano Grupo de Asuntos Laborales y Salud Ocupacional, de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Tunja"*, mediante el cual se dispuso nombrar en propiedad por el régimen de carrera judicial, como profesional Universitario Grado 11 de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, para desempeñar sus funciones en el área de talento humano grupo asuntos laborales y salud ocupacional; pues fue la decisión administrativa definitiva que afectó la situación jurídica del demandante por cuanto lo retiró tácita o implícitamente del servicio.

Lo hasta aquí expuesto, da lugar a que se despachen desfavorablemente los argumentos deprecados por el apoderado judicial de la parte demandante respecto del carácter definitivo del oficio DESTJ15 3240 de 29 de diciembre de 2015, pues se itera, el mismo no define la situación jurídica del actor.

Así las cosas, al establecerse cuál es el acto administrativo que debió demandarse en el presente asunto, corresponde al Despacho establecer si la decisión adoptada por la juez de primera instancia en virtud de la cual dispuso dar por terminado el proceso por encontrarse probada la excepción de inepta demanda, se encuentra o no ajustada a derecho, para lo cual, se procederá en los términos siguientes:

2.2. De la declaratoria de la excepción de inepta demanda. Caso concreto.

El numeral 6° del artículo 180 *ibídem*, señaló que las excepciones previas deberían resolverse de oficio o a petición de parte dentro del trámite de la audiencia inicial. Tal situación, más allá de simplemente modificar el procedimiento contencioso, consagra una prerrogativa a la parte

demandada consistente en la facultad de formular estos medios exceptivos como mecanismos de defensa y además, impone al juez el deber de decretarlos de oficio.

Sin embargo, como el C.P.A.C.A. no enlista cuales son las excepciones previas que pueden proponerse en ésta etapa procesal, resulta pertinente acudir a la legislación procesal civil para suplir éste vacío normativo, tal y como lo dispone el artículo 306 de la norma contencioso administrativa. En virtud de tal remisión, se colige que las excepciones previas procedentes son las consagradas en el artículo 100 del Código General del Proceso, precepto que enlista en su numeral 5 la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones. De acuerdo a ello, en la jurisdicción contenciosa puede configurarse la inepta demanda cuando se incumplen las cargas procesales previstas en el Capítulo III del Título V de la Ley 1437, aparte normativo que prevé los requisitos de la demanda, dentro de los cuales se encuentran entre otros, la formulación de las pretensiones expresadas con claridad y precisión (Art. 162 – No. 2) y el deber de individualizar con toda precisión las pretensiones encaminadas a la nulidad de un acto administrativo (Artículo 163).

Ahora bien, revisado el procedimiento contencioso administrativo previsto por la Ley 1437 de 2011 nos encontramos que antes de que la relación jurídico-procesal se entrabe entre demandante y demandado, el Despacho tiene el deber legal de efectuar un control jurídico-formal de la demanda, con el fin de que la cuerda procesal inicie su trámite libre de vicios; no obstante, en los casos en que en dicho estudio previo no se haya advertido la existencia de algunos defectos formales y ya se encuentre trabada la *litis*, el procedimiento prevé la posibilidad de formular excepciones previas, las cuales, en su gran mayoría corresponden a aquellos defectos que el juez de conocimiento debió haber advertido mediante la inadmisión de la demanda, y tienen como finalidad evitar la continuación de un proceso nacido de una demanda

presuntamente defectuosa y el desgaste de la administración de justicia con causas procesalmente viciadas.

Conforme lo anterior, se evidencia que en tratándose de los medios exceptivos formulados dentro del escrito de contestación, el estatuto contencioso contempla una etapa dentro de la cual se puede dar traslado a los mismos con el fin de que la parte actora se pronuncie sobre ellos, previendo así un igual tratamiento respecto de cualquiera de las excepciones propuestas sin importar su naturaleza.

No obstante, la norma en cita no establece un momento procesal que permita a las partes subsanar los defectos anotados respecto de aquellas excepciones de naturaleza dilatoria, dentro de las que se encuentra la de inepta demanda y las cuales, valga decir, buscan enrostrar a la parte contraria defectos procesales subsanables, pretendiendo que los mismos sean corregidos por la parte actora para que el proceso continúe, de tal suerte que su formulación implique la corrección de un vicio que dificulta la continuación del proceso, para que este pueda desplegarse en forma diáfana, más aún cuando la excepción fue declarada de oficio, en la audiencia inicial, y por tanto no existió traslado a la parte demandante para que se pronunciara sobre la misma, y si fuere el caso, subsanara los defectos anotados, tal como lo prescribe el numeral primero del artículo 101 del C.G.P.

Bajo ese contexto, para el Despacho resulta desproporcionado aplicar dentro del trámite contencioso como consecuencia de la prosperidad de la excepción previa de carácter dilatorio la terminación del proceso sin conceder previamente la oportunidad para subsanar los defectos, cuando de una parte, el artículo 228 de la Carta Política consagra la prevalencia de lo sustancial en las actuaciones propias de la administración de justicia, y de otro lado, cuando atendiendo a las previsiones del artículo 42 del C.G.P., constituye uno de los deberes y poderes de los funcionarios judiciales, adoptar las medidas autorizadas en dicho estatuto para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio

necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto, interpretación que deberá respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.

A partir de lo anterior y descendiendo al estudio del caso concreto, reitera el Despacho, conforme se indicó en acápites previos de esta providencia, que el oficio acusado no es pasible de control judicial en tanto no define la situación jurídica de la demandante, circunstancia que en principio da lugar a declarar probada la excepción de inepta demanda, pues con la misma no se acusaron los actos administrativos definitivos.

No obstante, considera el Despacho que la terminación del proceso no puede considerarse como la consecuencia jurídica inmediata de la declaratoria de la excepción de inepta demanda, pues conforme a lo expuesto en líneas anteriores, en garantía de la prevalencia del derecho sustancial, del acceso a la administración de justicia, y dada la naturaleza dilatoria del medio exceptivo resuelto, debió concederse un término a la parte actora para que subsanara la falencia formal advertida, en orden a encaminar el contradictorio a la declaratoria de nulidad el acto administrativo que define su situación jurídica, que, para el caso que nos ocupa, no es otro que la resolución No. 2748 del 4 de noviembre de 2015,*"Por medio de la cual se realiza un nombramiento en propiedad del cargo de Profesional Universitario 11-Grupo 3-Talento Humano Grupo de Asuntos Laborales y Salud Ocupacional, de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Tunja".* En consecuencia, procederá el Despacho a revocar lo dispuesto en el ordinal segundo de la providencia recurrida y en su lugar, dispondrá adicionar la decisión contenida en el numeral primero, pues los argumentos que justifican la declaratoria de la aludida excepción, admiten al actor subsanar los defectos de los que adolece so pena de declarar la terminación del proceso.

Precisado lo anterior y ante la ausencia de tratamiento normativo en el que la ley contenciosa permita correr traslado de las excepciones previas para que, de ser el caso, subsane los defectos anotados en esta,

oportunidad procesal que sí advierte el artículo 101 No. 1 del C.G.P.[9], el Despacho concederá a la parte demandante el término de tres (3) días, contados a partir de la fecha en que se notifique ésta providencia, para que subsane la demanda en el sentido de acusar el acto administrativo contenido en resolución No. 2748 del 4 de noviembre de 2015,*"Por medio de la cual se realiza un nombramiento en propiedad del cargo de Profesional Universitario 11-Grupo 3-Talento Humano Grupo de Asuntos Laborales y Salud Ocupacional, de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Tunja"* y para que se otorgue el respectivo poder con el cual se faculte al profesional del derecho a perseguir en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la declaratoria de nulidad de la resolución aludida; advirtiéndose que de no subsanarse la demanda en lo señalado, se dará por terminado el proceso.

Ahora bien, se precisa que en el término otorgado para sanear la demanda, **deberá** la parte actora adecuarla en el sentido de **retirar la pretensión de nulidad del oficio DESTJ15 3240 de 29 de diciembre de 2015 e invocar únicamente la nulidad de la Resolución No. 2748 del 4 de noviembre de 2015**, de suerte que, de no considerar dicho extremo procesal que resulte procedente hacer el saneamiento en esas condiciones, tal y como lo indicó de manera reiterada en la sustentación del recurso de alzada, la consecuencia de una eventual omisión en ese sentido será la de dar por terminado el proceso.

Finalmente el Despacho considera pertinente a los efectos de ofrecer claridad, sobre todo al apoderado de la entidad demandada, precisar que esta providencia es proferida por el Suscrito Ponente y no por la Sala, pues la decisión adoptada si bien se encamina a confirmar la declaratoria de la excepción de inepta demanda, lo cierto es que no da por terminado el proceso, pues seguidamente se le concede a la parte actora el término

[9] Artículo 101. Oportunidad y trámite de las excepciones previas. (...)
Las excepciones previas se tramitarán y decidirán de la siguiente manera:
1. Del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante por el término de tres (3) días conforme al artículo 110, para que se pronuncie sobre ellas y si fuera el caso subsane los defectos anotados.
(...)

para que subsane el defecto pluricitado y en tal virtud, la decisión no debe ser suscrita por la Sala de Decisión, conforme lo dispuesto en los artículos 125[10] y 243-3[11] de C.P.A.C.A, normas en las que se estableció que la decisión resultaría de Sala solamente si esta conllevara la terminación del proceso, hecho que en este caso no ocurrió por lo que la decisión fue tomada a través del Magistrado ponente y en virtud de lo ordenado y reglamentado en la ley.

En mérito de lo expuesto anteriormente, el Despacho No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE:

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral primero del auto proferido en la audiencia inicial de 18 de julio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, el cual quedará así:

> *"Declarar probada de oficio la EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA, y conceder a la parte demandante el término de tres (3) días, contados a partir de la fecha en que se notifique ésta providencia en el sentido de acusar el acto administrativo contenido en la resolución No resolución No. 2748 del 4 de noviembre de 2015,"Por medio de la cual se realiza un nombramiento en propiedad del cargo de Profesional Universitario 11-Grupo 3-Talento Humano Grupo de Asuntos Laborales y Salud Ocupacional, de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Tunja" y para que se otorgue el respectivo poder con el cual se faculte al profesional del derecho a perseguir en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la declaratoria de nulidad de la resolución aludida; advirtiéndose que de no subsanarse la demanda en lo señalado, se dará por terminado el proceso".*

SEGUNDO.- Revocar el numeral segundo del auto apelado, conforme a lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

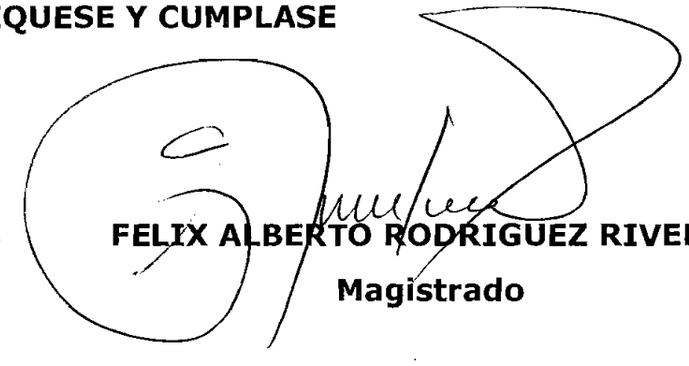
---

[10] Artículo 125. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar autos interlocutorios y de trámite: sin embargo, en los casos de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de éste códigos serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia.

[11] Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de lo tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos: 3. El que ponga fin al proceso.

TERCERO.-En firme esta providencia, previas las anotaciones y constancias de rigor, **ENVIAR** el expediente al Juzgado de origen para lo su cargo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. _____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretario

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Evelia Higuera de Guerrero***
Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FNPSM
Expediente: 15238-33-33-002-2016-00138-01

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 106 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 11 de septiembre de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir*** *de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Myriam Caro Pérez***
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15238-33-33-002-2016-00146-01

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 10 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Duitama.

Una vez sustentado tal como se evidencia en escrito visto a folios 189 a 193, mediante auto de 14 de noviembre de 2017 (fls. 203 y vto. y CD a fl. 204 c.2) el juzgado lo concedió en efecto suspensivo y ordenó remitirlo a esta Corporación.

Para resolver se considera:

1. Oportunidad:

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada al buzón electrónico el 11 de agosto de 2017, el recurso fue interpuesto y sustentado el día 25 de agosto de 2017 por la parte demandante y demandada

Teniendo en cuenta lo anterior se dirá que el recurso fue ***presentado oportunamente.***

2. Procedencia:

El artículo 243 del CPACA prevé que "Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces..."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en ***primera instancia*** *y la sentencia que* ***accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.*** *En efecto, el recurso presentado por la parte demandada es procedente.*

3. De la conciliación:

El artículo 192 del CPACA, en su inciso 4, prevé:

> *"Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación,* ***que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso****. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso". Resaltado fuera de texto*

Observa el Despacho a folios (fls. 203 y vto. y CD a fl. 204 c.2), que el 14 de noviembre de 2017 se llevó a cabo audiencia de conciliación posterior al fallo, en la que compareció la parte demandada y fue declarada fracasada.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Admitir el recurso de apelación*** *interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones, contra la sentencia de 10 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Duitama, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.*

2. ***Notifíquese*** *personalmente éste auto al* ***Ministerio Público*** *delegado ante ésta Corporación de conformidad con el numeral 3 del artículo 198 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucia Rincon Arango
Secretaria

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Leonel Nazario Velosa Santamaría***
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP
Expediente: 15238-33-33-002-2016-00212-01

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 5 de septiembre de 2017 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Duitama.

Una vez sustentado tal como se evidencia en escrito visto a folios 180 a 201, mediante auto de 23 de noviembre de 2017 (fls. 209 y vto. y CD a fl. 216 c.2) el juzgado lo concedió en efecto suspensivo y ordenó remitirlo a esta Corporación.

Para resolver se considera:

1. Oportunidad:

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada en estrados el 5 de septiembre de 2017, el recurso fue interpuesto el mismo día y sustentado el 12 de septiembre de 2017 por la entidad demandada.

Teniendo en cuenta lo anterior se dirá que el recurso fue ***presentado oportunamente.***

2. Procedencia:

El artículo 243 del CPACA prevé que "Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces..."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en ***primera instancia*** *y la sentencia que* ***accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.*** *En efecto, el recurso presentado por la parte demandada es procedente.*

3. De la conciliación:

El artículo 192 del CPACA, en su inciso 4, prevé:

> *"Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación,* ***que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso****. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso". Resaltado fuera de texto*

Observa el Despacho a folios (fls. 209 y vto. y CD a fl. 216 c.2), que el 23 de noviembre de 2017 se llevó a cabo audiencia de conciliación posterior al fallo, en la que compareció la parte demandada y fue declarada fracasada.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Admitir el recurso de apelación*** *interpuesto por la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP, contra la sentencia de 5 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Duitama, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.*

2. ***Notifíquese*** *personalmente éste auto al* ***Ministerio Público*** *delegado ante ésta Corporación de conformidad con el numeral 3 del artículo 198 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No.____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucia Rincon Arango
Secretaria

RÉPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
DESPACHO No. 4

MAGISTRADO: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ELSSY MOJICA DE CARRERO
DEMANDADO: UGPP
RADICACIÓN: 15238333300220160025 5-01

En virtud del informe secretarial que antecede, el Despacho procede a resolver lo que en derecho corresponda respecto del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama el día cuatro (4) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) en el asunto de la referencia. En consecuencia, por reunir los requisitos de oportunidad y procedibilidad previstos en los artículos 243[1] y 247[2] del C.P.A.C.A.

---

[1] ARTÍCULO 243. *APELACIÓN*. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. (...)
[2] ARTÍCULO 247. *TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS*. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

(...)

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión.

4. <Numeral modificado por del artículo 623 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente.

5. En la audiencia de alegaciones y juzgamiento se aplicarán las mismas reglas establecidas para esa audiencia en primera instancia.

6. En la sentencia se ordenará devolver el expediente al juez de primera instancia para su obedecimiento y cumplimiento.

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida el día cuatro (4) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama.

de **SEGUNDO: NOTIFICAR** personalmente la presente providencia al Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, de conformidad con lo previsto en el numeral 3º del art. 198 del C.P.A.C.A.[3]

Se advierte a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán pedir la práctica de pruebas.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE.

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

---

[3] ARTÍCULO 198. *PROCEDENCIA DE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL.* Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:

(...)

3. Al Ministerio Público el auto admisorio de la demanda, salvo que intervenga como demandante. Igualmente, se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado.

4. Las demás para las cuales este Código ordene expresamente la notificación personal.

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, [illegible]

Medio de control: Ejecutivo
Demandante: ***Desiderio Correa Suarez***
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-002-2017-00009-01

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, contra la sentencia ejecutiva de fecha 27 de septiembre de 2017 cuyo registro magnético obra a folio 103 y acta a folios 95 a 97, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja, declaró probada parcialmente la excepción de pago; ordenó seguir adelante la ejecución a favor del señor Desidero Correa Suarez y en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional por el valor que corresponda una vez quede en firme la liquidación del crédito; ordenó la presentación de la liquidación del crédito y se abstuvo de condenar en costas.

Una vez sustentado tal como se evidencia a minuto 45:00 de la parte demandante y 48:05 de la parte demandada, el Juzgado lo concedió en efecto suspensivo y ordenó remitirlo a esta Corporación (fl. 96 vto.).

Para resolver se considera:

1. ***Procedencia.***

Es de advertir que en virtud del principio de integración normativa consagrado en el artículo 306 del C.P.A.C.A., para el trámite del proceso ejecutivo se debe acudir al artículo 443 del Código General del Proceso que indica:

> *"ARTÍCULO 443. TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES. El trámite de excepciones se sujetará a las siguientes reglas:*
> *1. (...)*

> *4. Si las excepciones no prosperan o prosperan parcialmente, **en la sentencia se ordenará seguir adelante la ejecución en la forma que corresponda**." (Negrilla fuera de texto).*

De la lectura de esta norma, se infiere que, contra la orden de seguir adelante la ejecución, proferida cuando fueron propuestas excepciones oportunamente, procede el recurso de apelación.

Se trata en este caso de la sentencia que declaró probada parcialmente la excepción de pago y ordenó seguir adelante con la ejecución a favor del ejecutante y en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, de manera que, en efecto, el recurso de apelación presentado por las partes es procedente.

2. Oportunidad.

El artículo 321 del Código General del Proceso establece:

> *"ARTÍCULO 321. PROCEDENCIA. **Son apelables las sentencias de primera instancia,** salvo las que se dicten en equidad. (...)"*

A su vez el artículo 322 ídem dispone lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 322. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:*
>
> *1. El recurso de apelación contra cualquier providencia **que se emita en el curso de una audiencia** o diligencia, **deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada.** El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos. (...)" (Negrilla fuera de texto)*

De lo anterior se concluye que, cuando la sentencia se dicte en audiencia, el recurso deberá interponerse dentro de la misma; para el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida fue notificada en estrados el día 27 de septiembre de 2017 tal como consta en el registro magnético al minuto 43:00 que obra a folio 103. A continuación, las partes interpusieron y sustentaron el recurso de apelación (minuto 45:00 y 48:05); en consecuencia, fue presentado oportunamente de conformidad con lo dispuesto por el artículo 322 del C.G.P.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Admitir el recurso de apelación*** *interpuesto por Desiderio Correa Suarez, parte demandante y por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, parte demandada, contra la sentencia de 27 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja.*

2. ***Notifiquese*** *personalmente éste auto al* ***Ministerio Público*** *delegado ante ésta Corporación de conformidad con el numeral 3 del artículo 198 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ___ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Patricia Rincón Arango
Secretaria

Mm

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

Despacho No. 4

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD
DEMANDANTE: JAIRO UNRIZA PUIN
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MONGUA
RADICACIÓN: 15759333300220170012 9-01

Procede el Despacho a resolver el recurso de súplica interpuesto dentro del término legal por el demandante, en contra de la decisión proferida en por la Sala No. 5 de esta Corporación el 31 de octubre de 2017 y mediante la cual se dispuso revocar la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Sogamoso en auto del 11 de septiembre de 2014, para en su lugar, conceder la oportunidad la parte demandante para que adecue el contenido de la demanda a los requisitos propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y luego proceda al estudio de su admisibilidad (fl. 53-58).

Sobre el particular y adentrándose en primer lugar en el estudio de admisibilidad del aludido medio de impugnación se constata que según las voces del artículo 246 del CPACA, el recurso de súplica procede contra autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto.

En el *sub examine*, si bien la decisión recurrida se adoptó en el trámite de la apelación del auto rechazó la demanda de nulidad presentada por el demandante, lo cierto es que la misma fue proferida por la Sala de Decisión No. 5, de la cual hace parte el Suscrito, razón por la cual se advierte la improcedencia del aludido recurso, en la medida que la decisión que pretende se revise, no fue proferida por el ponente como exige la norma, sino por la Sala de Decisión, por tanto, el criterio que el Suscrito tiene sobre el asunto de la referencia ya fue expuesto en la decisión que ahora se recurre.

En consecuencia, se ordenará la remisión inmediata del proceso al Despacho del Magistrado Oscar Alfonso Granados Naranjo para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico

Nro. ___ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante: **Gustavo Rodríguez Lee**
Demandado: **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social**
Expediente : **15001-33-33-003-2014-00211-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 29 de junio de 2016, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Se concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución RDP 011672 de 8 de abril de 2014 por la cual se niega la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, y de la Resolución RDP 015414 de 16 de mayo de 2014 en la cual se resuelve el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la negativa de reliquidación.

A título de restablecimiento solicita que la demandada reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, que se pague la diferencia de las mesadas pagadas desde que adquirió el estatus pensional, que se indexen tales sumas, y que se condene a la entidad al pago de intereses moratorios.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, manifiesta que trabajó por más de 20 años en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar regional Boyacá teniendo

más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 por lo que Cajanal le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución 03663 de 6 de febrero de 2008, reliquidada mediante Resolución UGM 006417 de 5 de septiembre de 2011.

Indica que el 17 de marzo de 2014 radicó solicitud de reliquidación para que se incluyeran la totalidad de factores salariales percibidos en el último año de servicio, la cual le fue negada a través de los actos administrativos enunciados.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida por auto de 12 de marzo de 2015, en el que además se ordenó notificar a la entidad accionada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público (fl. 55).

1. Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda en los siguientes términos:

Sostiene que el demandante adquirió el estatus de pensionado en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que se encuentra inmerso dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36, el cual establece únicamente tres requisitos; el de edad, tiempo de servicios necesario, y monto de la pensión; de manera que el reconocimiento pensional efectuado se realizó conforme a derecho.

En cuanto a los factores de liquidación manifiesta que al demandante le es aplicable el artículo 1º del Decreto 691 de 1994 que incorpora a los trabajadores públicos al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, además que no se encuentra amparado por ninguna de las excepciones del artículo 279 *ibídem*, por lo que se le debe aplicar el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

Señala que la ley taxativamente enumera los factores salariales con lo que se debe calcular el ingreso base de liquidación para otorgar la pensión de los empleados oficiales, por lo que ninguno de los factores solicitados por el demandante están establecidos allí, además que dichos pagos no cumplen la

relación de casualidad salarial por no guardar relación con la prestación efectiva del servicio, por lo que no podrán ser contemplados como elementos constitutivos del salario.

Concluye solicitando dar aplicación a las sentencias C – 258 de 2013 y SU 230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional, y en las cuales se dispuso que el monto de la mesada pensional debe corresponder a los factores exclusivamente cotizados, y que la manera de liquidar la pensión debe ser la establecida por la Ley 100 de 1993, pues tal aspecto no hace parte del régimen de transición.

Como excepciones propuso "inepta demanda por indebida estimación razonada de la cuantía", "inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido", inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales" y prescripción.

La demandada formuló llamamiento en garantía el cual fue negado en auto de 15 de octubre de 2015 (fls. 186-187).

2. Audiencia inicial

El 8 de febrero de 2016 se realizó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C. P. A. C. A. (fls. 199-203) en la que como puntos importantes se resalta que se negó la excepción de inepta demanda, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y de oficio se solicitó al empleador –ICBF- que indicara la naturaleza y sustento normativo de las bonificaciones de primer y segundo semestre.

3. Audiencia de pruebas

El día 17 de marzo de 2015, se realizó la audiencia de pruebas (fls. 220-222), en donde se incorporaron la totalidad de las pruebas decretadas, y se ordenó correr traslado para presentar alegatos a las partes por escrito, atendiendo lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 181 del C.P.A.C.A., oportunidad que

aprovechó el demandante y el demandado, para ratificar lo expuesto en sus escritos.

IV. FALLO RECURRIDO

Mediante fallo proferido el 29 de junio de 2016, se declaró la nulidad de las Resoluciones RDP 011672 de 8 de abril de 2014 y RDP 015414 de 16 de mayo de 2014 por medio de las cuales se negó el derecho solicitado, ordenando a la UGPP a reliquidar la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta los factores de asignación básica, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, y prima de servicios devengados durante el último año de servicios.

Dispuso también, declarar probada la prescripción trienal sobre las mesadas causadas con anterioridad al 7 de marzo de 2011, ordenando pagar las diferencias en las mesadas a partir de esa fecha, su indexación, el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C. P. A. C. A., y se abstuvo de condenar en costas.

Para llegar a las anteriores conclusiones expuso que al hacer parte el demandante de los funcionarios a quienes se le debe aplicar el régimen de transición previsto s en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 le es aplicable la jurisprudencia sobre el tema en que se indica que la liquidación de la pensión debe realizarse también de conformidad con el régimen anterior, pues de lo contrario se perdería el beneficio de ese sistema especial de transición.

Así, en cuanto a los factores a tener en cuenta, acata el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, en la que se indicó que la Ley 33 de 1985 no señala en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, indicando que de acuerdo a la certificación aportada por el ICBF las bonificaciones de primer y segundo semestre debían tenerse en

cuenta en la liquidación por asimilarse en su naturaleza a las primas de vacaciones y navidad, y que no era posible incluir la bonificación por recreación porque le Decreto 40 de 1998 estableció que no constituía factor salarial.

Respecto a las sentencias de la Corte Constitucional C-238 de 2013 y SU 230 de 2015 argumentó que sus consideraciones no eran aplicables al caso concreto por referirse la primera a un régimen diferente al aquí discutido y no constituir la segunda un precedente vinculante sobre el tema objeto del proceso.

Terminó indicando que no había lugar a la indexación de la primera mesada porque si bien se dispuso el reconocimiento de la pensión a partir del 1 de enero de 2007 la misma se condicionó al retiro efectivo del servicio, el cual ocurrió el 1 de julio de 2008 y posteriormente se ordenó la reliquidación de la pensión mediante Resolución UGM de 5 de septiembre de 2011.

Respecto a la prescripción, determinó que al presentarse la solicitud de reliquidación de la pensión el 17 de marzo de 2014 y ser pagada la pensión desde el 1º de julio de 2008, las sumas causadas con anterioridad al 17 de marzo de 2011 se encuentran prescritas.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La entidad demandada (fls. 242-248) se limita a reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4º del artículo 192 del C.P.A.C.A., el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto (fl. 254), el cual fue admitido en providencia de 13 de diciembre de 2016 (fl. 263).

A través de proveído de 23 de mayo de 2017 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo

traslado para alegar de conclusión (fl.267), oportunidad utilizada por las partes de la siguiente manera:

La entidad demandada para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación agregando sobre las costas que tampoco habría lugar a su condena en segunda instancia porque de conformidad con el artículo 280 del C. G. P. para ello se debe calificar la conducta procesal de las partes, y para el caso no existió temeridad ni mala fe (fls.270-284).

El demandante por su parte resalta los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado y recuerda el objeto del proceso solicitando la prosperidad de las pretensiones (fls.285-291).

El Ministerio Público allega concepto en el que hace precisiones sobre el valor vinculante de la jurisprudencia y su connotación de fuente formal y material de derecho, analiza el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y la no aplicabilidad para el caso concreto, de las sentencias de la Corte Constitucional C-230 de 2013 y SU-258 de 2015, concluyendo que la decisión adoptada por el a – quo se ajusta a derecho y por tanto solicita sea confirmada a excepción del numeral tercero, del cual solicita su modificación en cuanto al valor a descontar para aportes sobre los factores que se incluyen, que pide sea limitado a los últimos cinco años de la vida laboral de conformidad con la jurisprudencia que sobre el punto ha proferido esta Corporación. (fls. 294-308).

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si procede liquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el último año al retiro del servicio, para quien como el demandante se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Para despejar este interrogante, la Sala considera necesario establecer la posibilidad de liquidarla con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, teniendo en cuenta que no existe controversia respecto a que se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

2. - Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que el demandante se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que por lo mismo se le deben aplicar los requisitos establecidos en la ley anterior para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, si los dispuestos en la citada norma como lo afirma la parte demandada, o al contrario, los establecidos en la norma anterior como lo expuso el apoderado de la parte actora.

La Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, señala:

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

De conformidad con lo anterior, al demandante le es aplicable la citada ley, toda vez que en virtud del **principio de inescindibilidad** normativa, no se puede para una misma situación fáctica aplicar varias disposiciones normativas.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado:

> "(…) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría

> en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales"[1]

Entonces, para establecer cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en el caso del demandante, no se puede desconocer lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, la cual estableció la sub-regla que debe observarse para resolver asuntos como el que actualmente se examina, con el propósito de garantizar principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral, actuando en consonancia con lo previsto en la decisión precitada, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, además, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Así las cosas, no obstante ser aplicable al accionante para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación las normas establecidas en la precitada ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto, que debe atenderse el criterio de unificación en mención en el que consideró que la pensión debe liquidarse con base en todos los factores salariales devengados en el último año, luego para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación periódica, ha de atenderse este criterio en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección "A" Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 26 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-08992-01(2559-07).

Bajo este criterio, estima la jurisprudencia de la cual se viene hablando, que acorde con lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley 1045 de 1978 los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar el monto pensional eran superiores a los enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, disposiciones que por demás no contienen una lista taxativa de los factores salariales que han de servir de base para establecer el salario plante de liquidación, sino meramente enunciativa, lo que permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador en el último año de servicio, criterio que hace reconocimiento también al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que impone tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral por parte del trabajador.

No sobra advertir que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha ratificado la tesis expuesta en innumerables fallos v. gr la sentencia de 26 de agosto de 2010, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159- 01, asimismo, la sentencia del mismo ponente de 3 de febrero de 2011, expedida por la Subsección B, radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Entonces, esta Sala atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, como en el caso del accionante, se tendrán en cuenta los factores devengados en el último año de servicios y no aquellos sobre los cuales la accionada liquidó.

En tal sentido procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, que conforme a las certificaciones salariales se encuentren acreditados.

Así las cosas, establecido como quedó líneas atrás que, los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la accionante son las Leyes 33 y 62 de 1985, es claro que tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada

pensional los factores devengados durante el último año de prestación del servicio esto es, entre el 1º de julio de 2007 y el 30 de junio de 2008 (fl. 34).

De conformidad a las certificaciones de salarios obrantes a folio 28 y 29 del expediente, el peticionario quien laboró como **Técnico Administrativo Código 4065 Grado 13** percibió los siguientes factores salariales en el último año de servicios: asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación primer semestre, prima de vacaciones y bonificación segundo semestre, de los cuales la entidad demandada sólo tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión la asignación básica y la bonificación por servicios.

Sobre las bonificaciones de primer y segundo semestre, se deben realizar las siguientes precisiones:

El Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, expidió el Decreto 2285 de 1968 que estableció en su artículo 13, "El régimen de Clasificación y Remuneración de los empleos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se fijará en el estatuto destinado a regular su funcionamiento".

En los Estatutos del ICBF aprobados mediante el Decreto No. 822 de 1969, se estableció que correspondería a la Junta Directiva (hoy Consejo Directivo) del ICBF, el crear, suprimir y fusionar los cargos, lo mismo que fijar las respectivas asignaciones.

Mediante el Acuerdo 109 de 1970, la Junta Directiva del ICBF aprobó el presupuesto de ingresos y egresos para la vigencia de 1971, así mismo mediante el Acuerdo 0026 de 1971, adoptó una planta de personal con la clasificación de los cargos y la escala de remuneración, acto que fue aclarado posteriormente por el Acuerdo 0096 de 1972 en el sentido de señalar que además del valor del sueldo mensual, quienes desempeñaran los cargos allí mencionados tendrían derecho a una bonificación semestral en los meses de junio y diciembre de cada año que ya había sido contemplada en el Acuerdo 109 de 1970, equivalente a

un sueldo completo en estos meses proporcional al tiempo servido, bonificaciones que excluirían la prima de navidad.

Al respecto, el Concepto 183 de 2014, proferido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, precisó:

> *"En un principio y hasta 1978, era claro que las bonificaciones semestrales equivalentes a dos asignaciones al año eran superiores a lo que eventualmente percibirían por la prima de navidad, pero con la expedición del decreto 1042 de 1978, la bonificación de junio pasó a compensar la prima de servicios, debiéndose entonces verificar si lo recibido por la bonificación semestral del mes de diciembre es igual o superior a lo que un funcionario percibiría por prima de navidad, teniendo en cuenta los factores señalados en el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978 para su liquidación.*
>
> *De acuerdo a la información suministrada por parte de su Dirección mediante Memorando 2014-066862-0101 del 11 de Diciembre de 2014, la liquidación de la bonificación semestral de diciembre se realiza teniendo en cuenta los mismos factores contemplados en el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, es decir: la asignación básica mensual del cargo, los incrementos de remuneración, la prima técnica, los auxilios de alimentación y transporte, la bonificación semestral de junio (en lugar de la prima de servicios), la prima de vacaciones y la bonificación por servicios prestados. Igualmente constituye factor salarial para la liquidación de las cesantías.*
>
> *En este orden de ideas, la Prima de Navidad en el ICBF fue compensada por la Bonificación Semestral del mes de diciembre, cumpliéndose cada uno de los requisitos señalados por la norma y recogidos por la jurisprudencia, esto es, se trata de una prestación de origen extralegal, a pesar de llamarse bonificación semestral se paga cada año los meses de diciembre, teniendo carácter anual; y su cuantía es igual a la que se recibiría por prima de navidad pues se liquida sobre los mismos factores salariales, concluyéndose que la entrega de la bonificación semestral de diciembre es incompatible con la entrega de la prima de navidad, razón por la cual solo se hace entrega de la primera.*
>
> *Ahora bien, en cuanto a la Prima de Servicios, se puede excluir su pago solo cuando con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1042 de 1978 existiera una contraprestación similar cualesquiera sea su nombre.*
>
> *La Bonificación Semestral de junio fue establecida en el Acuerdo 0096 del 14 de junio de 1972, por lo que se cumple con el requisito de existir con anterioridad. Así mismo, si bien a diferencia de lo que ocurre con la prima de navidad, la norma no señala que debe ser similar o superior en su valor, pero teniendo en cuenta que el régimen prestacional establece los mínimos, se entiende que así debe ser y como quiera que la prima equivale a quince días de salario y la bonificación a treinta días, cumpliría con este requisito también.*
>
> *El punto a examinar con detenimiento para determinar si la referida bonificación compensa la prima de servicios, es que haya identidad entre ellas. Este tema ha sido tratado en varias ocasiones por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante el concepto bajo radicación 829 de fecha 8 de Julio de 1996, con ponencia del Magistrado Dr. Cesar Hoyos Salazar, al analizar un caso similar dispuso:
…el artículo 58 del decreto 1042 de 1978 instituyo una prima de servicio con las siguientes características: a) Se otorga a los empleados públicos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional, sin sujeción a la condición de que sean profesionales; b) Es anual; c) Es un factor de salario; d) Es equivalente a quince días de remuneración; e) Se liquida con base en los siguientes factores salariales, en su cuantía a treinta de junio de cada año; el sueldo básico, los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 del mismo decreto, los gastos de representación, los auxilios de alimentación y de transporte y la bonificación por servicios prestados (art. 59); f) Se paga en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

(…)

Frente a las características señaladas, resulta que prima de servicio establecida en el INPES se diferencia de la otorgada por el decreto 1042/78 en que aquella cubre, del conjunto de empleados públicos del INPES, sólo a los profesionales y en que no comprende los mismos factores de remuneración para su liquidación. Pero estas diferencias no significan que sean dos primas diferentes. En esencia son idénticas, porque tienen carácter salarial y se otorgan una vez al año, al finalizar el primer semestre, a tal punto que el decreto 1042 de 1978 las equipara al determinar que, la por él establecida, no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación.

Por tanto, si el propósito del citado decreto fue crear una prima de servicio para homologar la prima que venía rigiendo bajo el nombre de "semestral" u otro, es evidente su idéntica naturaleza. En consecuencia, por ser la prima conocida con la denominación "semestral u otra" igual a la prima de servicio, los factores para liquidarla son los mismos.

Para determinar entonces la incompatibilidad entre la prima de servicios y la bonificación semestral de junio que vienen percibiendo los Servidores Públicos del ICBF por estar siendo compensada por ésta última, es necesario hacer un análisis similar al de la prima de Navidad.

De acuerdo a la información suministrada por su dirección, la bonificación semestral de junio se liquida con los mismos factores señalados en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978 para la prima de servicios, a saber: el sueldo básico fijado para el respectivo cargo; los incrementos de salariales por antigüedad; los gastos de representación; los auxilios de alimentación y transporte; y la bonificación por servicios prestados. Además, es considerada factor salarial para la liquidación de las vacaciones, prima de vacaciones, bonificación semestral de diciembre y cesantías.

Igual como sucede con la bonificación semestral de diciembre, la bonificación semestral de junio pese a llamarse semestral, se paga una vez al año los primeros días de junio, es un factor salarial, se liquida igual a la prima de servicio y constituye un beneficio adicional para los funcionarios del ICBF pues equivale a un mes de salario y no a quince días, por lo que se evidencia que la bonificación de junio y la prima de servicio tienen la misma naturaleza y objetivos, siendo la misma prestación, pero teniendo en cuenta que constituye beneficios adicionales, excluye el pago de la prima de servicio.".

En consecuencia, se confirmará la decisión del a quo de incluir las bonificaciones de primer y segundo semestre en la base de liquidación pensional, como equivalentes a las primas de servicio y navidad.

Ahora bien, sobre las deducciones legales es de señalar que si la accionante no cotizó sobre los factores aquí enlistados, acogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado[2], y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1º numeral 1º de la Ley 33 de 1985, procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena **y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.**

La referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional, razón por la cual se advierte a la demandada, que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 33 de 1985, debe hacer las deducciones correspondientes de las sumas de dinero a reconocer, sobre los factores que la accionante no aportó.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda a excepción del numeral tercero que será modificado de acuerdo con las siguientes consideraciones.

3. – Descuentos para aportes al sistema de seguridad social en pensiones

En éste aspecto, el Tribunal se permite ratificar la posición adoptada el 24 de agosto de 2015 por la Sala de decisión No. 1 dentro del proceso 1523833333002-2013-07101 M.P. Fabio Iván Afanador García, sentencia acompañada por el ponente en dicho asunto, en la que se sostuvo que el periodo de descuentos a realizarse en materia de aportes corresponde al año de consolidación del derecho.

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp.: 250002325000200607509 01 (0112-2009)

El cambio de criterio, se debe a varias posturas asumidas por el Consejo de Estado en las que considera que se debe ordenar su descuento sobre el retroactivo de toda la vida laboral, con el fin de proteger el erario público y los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social.

En este punto, es pertinente destacar que las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social constituyen una obligación de carácter parafiscal, dado que son producto de la soberanía fiscal del Estado y gozan de una destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible, por lo que la acción para su cobro prescribe a los cinco años conforme al artículo 817 del Estatuto Tributario.

En suma, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, lo es durante toda la vida laboral, dicho mandato se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores.

En tal medida, la Sala modificará en este aspecto la sentencia de primera instancia, precisando que el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

4. –De las sentencias C-258 de 2013 y SU -230 de 2015

Sobre este punto, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la entidad accionada en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta para el efecto los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Para el caso debatido se dirá que la sentencia de constitucionalidad **aplica únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992**, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, es decir, en concreto y para el caso allí debatido y no en abstracto y en relación

a todos (erga omnes) respecto del IBL de las pensiones conforme se expuso en la sentencia de unificación.

Estos aspectos son suficientes para justificar la inaplicación de la sentencia de unificación, por parte de éste Tribunal, aún más cuando esta Corporación debe acatar la línea jurisprudencial de su superior funcional -Consejo de Estado- (precedente vertical), que para el presente caso no es otro que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, tal y como lo ordenan los artículos 10 y 270 del C.P.A.C.A.

5. –De la Sentencia SU-427 de 2016

De forma reciente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de 2016 en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:

> "…6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[3] de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.
>
> 6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y **que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[4].**
>
> 6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen **ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario[5]**, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, **obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral**, y por el contrario, **representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva** (…)."
>
> 6.14. **En dichos eventos**, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, **los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una**

---

[3] En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."
[4] Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
[5] Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

> **pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral**, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen **vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos** (…)."[6]
>
> 6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, **evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión**…" (Resaltado fuera de texto)

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[7], enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un **abuso del derecho** que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "…*Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral*."

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, según se extrae del certificado de información laboral aportado (fl. 34) no se presentó mayor variación en el cargo del demandante en los últimos 10 años de servicios, período que se justifica atender en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional, podría llegar a denotar abuso del derecho.

---

[6] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

[7] Ver entre otras, SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

Así, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia, fueron los que durante los últimos 10 años de su historia laboral, se devengaron sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos.

En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

6. -Costas y agencias en derecho

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la entidad demandada, en virtud a que no prosperó el recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas, igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $300.000 pesos que corresponden al 5% de la estimación de la cuantía indicada en la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja de fecha 29 de junio de 2016, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva, a excepción del inciso segundo del numeral 3º, el cual se modificará así:

"**TERCERO:** (…)

De las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas por efecto del acto que ordena el reconocimiento de la pensión. Además, de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida, la UGPP deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Salud y Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva, en el porcentaje que correspondía al entonces empleado mes a mes y trasladarlos a la entidad a cargo de la pensión debidamente indexados conforme al IPC"

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte accionada, en virtud a que no prosperó el recurso de apelación. El *a quo* procederá a su liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO. FIJAR como agencias en derecho a cargo de la UGPP, la suma de $300.000 pesos.

CUARTO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrado

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017

Medio de control: Reparación directa
Demandante: Paola Andrea Sánchez Acosta
Demandado: Municipio de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-33-33-003-2015-00073-01

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 675 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 11 de septiembre de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir** de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

DEMANDANTE:	JOSÉ CARREÑO PÉREZ
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
REFERENCIA:	150013333003-**2016-00047**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de la entidad accionada – UGPP (fls. 129-143) y de la parte actora (fls. 144-145), respectivamente, contra la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial el 23 de mayo de 2017, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 6-7)

El señor JOSÉ CARREÑO PÉREZ, a través de apoderada, acudió ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, a fin de que se declare la nulidad de las **Resoluciones No. RDP 029492 del 17 de julio de 2015** y **No. RDP 043732 del 22 de octubre del mismo año,** mediante las cuales la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante y resolvió un recurso de apelación interpuesto contra el primer acto, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare que el actor tiene derecho a que se le reconozca, liquide y pague su pensión de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados.

Además, solicitó que se condene a la UGPP al pago de forma indexada y con los ajustes anuales de las diferencias entre lo efectivamente pagado por concepto de mesadas pensionales y lo que debió cancelarse, así como al pago de los intereses moratorios, conforme lo establece el artículo 192 del

CPACA, que se ordene el cumplimiento de la sentencia, de conformidad con los artículos 189 y 192 *ibídem*, y que se condene en costas a la entidad accionada.

1.1.2. Fundamentos fácticos (fls. 7-9)

Manifestó la apoderada de la parte actora que CAJANAL EICE en liquidación, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor JOSÉ CARREÑO PÉREZ, a través de la Resolución No. UGM 017791, con efectos fiscales a partir del 1° de septiembre de 2002, sin que le fuera tenido en cuenta el valor total de los factores devengados tales como: asignación, básica, bonificación por servicios prestados, prima de navidad y prima de vacaciones, así como los demás emolumentos devengados en el año de consolidación de su estatus pensional.

Conforme a lo anterior, señaló que el actor solicitó a la accionada que revisara la liquidación de su pensión, petición que fue atendida de manera negativa a través del acto administrativo demandado.

1.1.3. Normas violadas y conceptos de violación (fls. 9-17)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53 y 58.

Legales: Ley 6ª de 1945; Ley 33 de 1985, Ley 4ª de 166 y el Decreto 1743 de 1966.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 46-57)

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, la apoderada judicial de la entidad demandada, presentó escrito de contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones invocadas por la parte actora.

Manifestó que los actos administrativos demandados, fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, aplicables a los beneficiarios del régimen de transición y conforme al principio de legalidad que los ampara, por esta razón, aduce que los actos impugnados no presentan error que dé lugar a su nulidad.

Adujo que conforme a lo estipulado en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, los factores salariales están taxativamente estipulados, y que, los solicitados por el demandante no se encuentran entre los reconocidos legalmente, y aún más, ellos no tienen una relación directa con el servicio pues no hay causalidad entre este y aquellos, por lo que no puede concluirse que constituyen salario pues no todo emolumento recibido por el trabajador constituye factor salarial.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: *i) Inepta demanda – proposición jurídica incompleta; ii) inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, iii) inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, iv) prescripción de mesadas, y iv) solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.*

1.2.1. Llamamiento en Garantía (fls. 90-98)

En escrito separado a la contestación de la demanda, la UGPP solicitó llamar en garantía a la UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA – UPTC, por ser ésta la entidad empleadora del actor, y en razón a que las prestaciones a él reconocidas, dependieron directamente de los aportes realizados por el empleador, por lo que se generaría un perjuicio económico para la UGPP al tener que cancelar sumas sobre las cuales nunca recibió aportes.

Mediante auto de fecha 2 de marzo de 2017, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, negó el llamamiento en garantía así formulado por la UGPP (fls. 100-101).

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 23 de mayo de 2017, resolvió (fls. 115-122 y CD fl. 123):

> ***"PRIMERO: DECLARAR,** probada la excepción de prescripción de mesadas pensionales causadas antes del **13 de marzo de 2012**, propuesta por la parte demandada.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones Nos. **RDP 029492 de 17 de julio de 2015 y RDP 043732 de 22 de octubre del mismo año**, proferidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, por medio de las cuales se negó la reliquidación de la pensión de vejez del accionante, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, reliquidar y pagar la pensión de jubilación del señor **JOSÉ CARREÑO PÉREZ**, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, esto es, desde **el treinta de agosto de 2001 al 30 de agosto de 2002**, incluyendo como factores salariales, además de los ya reconocidos (asignación básica, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados), los correspondientes a **auxilio de transporte, subsidio de alimentación y las primas de servicios, de vacaciones y de navidad;** con excepción de las mesadas pensionales que se encuentran prescritas, esto es con anterioridad al **13 de marzo de 2012.** Además deberá hacerse el descuento de los aportes correspondientes en caso de no haberse efectuado.*
>
> *De las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas por efecto del acto que ordenó el reconocimiento y reliquidación de la pensión. Además, deberá hacerse el descuento de los aportes correspondientes en caso de no haberse efectuado.*

***CUARTO: NEGAR** las demás súplicas de la demanda.*

(...)
***SÉPTIMO:** No se condena en costas en esta instancia.*

(...)"

Para adoptar tal determinación, la juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, con base en el cual y del material probatorio allegado al expediente, concluyó que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que le resultan aplicables a su caso, las Leyes 33 y 62 de 1985 a efectos de liquidar su pensión de vejez.

Indicó que fue acreditado que el actor percibió en el último año de servicios los factores de: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de servicio, prima de navidad y prima de vacaciones, lo que hace evidente que la cuantía en el régimen pensional aplicable corresponda al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En ese sentido, precisó que de conformidad con parámetros establecidos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010, para liquidar la pensión del demandante se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Expuso que sobre los anteriores factores salariales, se debía realizar el descuento de los aportes correspondientes, en caso de no haberse efectuado para efectos de pensión, en virtud de la aplicación íntegra de la Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010.

Finalmente, indicó que como quiera que el demandante solicitó la reliquidación de su pensión el 13 de marzo de 2015, dicha petición interrumpió la prescripción del derecho. Señaló que la pensión le fue reconocida por medio de la Resolución No. UMG 017791 de 21 de noviembre de 2011 y que la demanda fue presentada el 13 de mayo de 2016, por lo que teniendo en cuenta que la prestación fue pagada a partir del 1° de septiembre de 2002, concluyó que operó el fenómeno de la prescripción de mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 13 de marzo de 2012.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

1.4.1. Parte demandada – UGPP (fls. 129-143)

Inconforme con la decisión, la apoderada de la UGPP, apeló la sentencia indicando que el demandante, en principio, se regía por las Leyes 33 y 62 de 1985, toda vez que según el tiempo de vinculación, éstas eran las leyes

aplicables para el régimen prestacional antes de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, con la entrada en vigencia de esta última, se creó el régimen de transición que respetaba tres condiciones del régimen anterior para alcanzar el derecho a la pensión, estos son: la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión a reconocer.

Adujo que se encontraba incluido en el régimen de transición y de acuerdo con las reglas del mismo fue liquidada su pensión, respetando la edad, el tiempo de servicio y el monto, siendo este solo el porcentaje del IBL según la ley y la jurisprudencia y tomando el tiempo de liquidación que establece la Ley 100 de 1993, en el régimen de transición, así como los factores de la misma. Agregó que aplicar lo contrario, constituiría un trato diferenciado e injustificado que implicaría un beneficio para ciertos afiliados que la ley no quiso establecer y que la demandada no puede reconocer.

Por otro lado, en cuanto a los factores de liquidación, manifestó que dio estricto cumplimiento a las normas y jurisprudencia aplicables al reliquidar la pensión de jubilación del demandante. Así las cosas, se liquidó sobre los mismos factores que sirvieron de base para calcular los aportes, por lo que no es procedente la reliquidación con la inclusión de factores sobre los cuales no se han efectuado aportes, puesto que el accionante cumplió su status jurídico con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y por tanto, los factores salariales son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Así mismo, solicitó la aplicación de la Sentencia C-258 de 2013, proferida por la H. Corte Constitucional, que establece que el monto de las mesadas pensionales corresponderá única y exclusivamente a los factores salariales efectivamente cotizados, resaltando que tal criterio, debe ser aplicado en aquellos casos en los cuales se discuta el monto pensional de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, como quiera que lo que se procura, es velar por la sostenibilidad y equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social Integral, aplicando una regla común, sin distinción o excepción alguna, en donde el monto de la pensión corresponderá a lo que efectivamente se aportó al sistema.

De igual forma, requirió la aplicación de la Sentencia SU-230 de 2015, mediante la cual se hace una interpretación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en donde se establece que las mesadas en régimen de transición se liquidan con edad, tiempo en cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente, entendiendo monto única y exclusivamente como tasa de remplazo, pero que período de liquidación y factores, es decir, el cálculo del IBL se hace con las reglas contenidas en la propia Ley 100 de 1993.

Sobre la condena en costas, adujo que si bien en primera instancia no le fue impuesta, conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, solamente procede cuando la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, y en su sentir, no debe haber condena por tal concepto en este caso.

1.4.2. Parte demandante (fls. 144-145)

El accionante, a través de su apoderada judicial, solicitó se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, únicamente en lo que hace a la aplicación de los descuentos de los aportes correspondientes a seguridad social en pensiones, en caso de no haberse efectuado, pues si bien lo anterior fue ordenado por la *a quo*, ésta omitió señalar que debían efectuarse por los últimos cinco años, como protección al adulto mayor.

Indicó que lo anterior, en virtud de los pronunciamientos de esta Corporación en sentencias de 24 de agosto de 2015 y 14 de junio de 2016, entre otras, en las cuales se sostuvo que de conformidad con las posturas asumidas por el Consejo de Estado, se debe ordenar el descuento sobre el retroactivo de toda la vida laboral, con el fin de proteger el erario público y los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social, sin que el valor a pagar supere la condena, atendiendo la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta, valores que deben ser indexados conforme al IPC.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en Audiencia de Conciliación Posterior al Fallo, llevada a cabo el 10 de julio de 2017, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fl. 150 y CD fl. 151), y admitido por esta Corporación mediante proveído de 3 de agosto de 2017 (fl. 161). A través de auto de 31 de agosto de 2017, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 165).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandada - UGPP (fls. 167-186)

La apoderada de la UGPP, allegó escrito de alegatos de conclusión reiterando lo argumentado en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Sostuvo que el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición y en consecuencia se pensionó con 55 años de edad, 20 años de servicio y el 75% como monto de la pensión, tal y como lo indica la Ley 33 de 1985, pero las demás condiciones y requisitos, tales como el período sobre el cual se liquida la pensión y los factores salariales que se tuvieron en cuenta en la liquidación son lo indicados en la Ley 100 de 1993, y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, por cuanto se deben aplicar únicamente los factores salariales que se encuentran en forma taxativa en la norma anterior, en razón a que los solicitados en la demanda no se encuentran consagrados en la misma.

Reiteró sobre la obligatoriedad de la Jurisprudencia Constitucional y la aplicación de la extensión de jurisprudencia, finalmente solicitando sea revocado el fallo de primera instancia y sea absuelta de toda responsabilidad la entidad demandada.

2.1.2. Parte demandante (fls. 187-190)

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la decisión de primera instancia, en lo que hace a la aplicación de la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, pues para la liquidación de la pensión del actor tuvo en cuenta todos los factores que constituyen salario.

No obstante lo anterior, reiteró su argumento de apelación relacionado con los descuentos de los aportes correspondientes a pensiones, sobre los últimos cinco años de la vida laboral del demandante, como protección al adulto mayor.

2.2. MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, no emitió concepto en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada – UGPP y por el demandante, corresponde a esta Sala establecer si:

> *¿Es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a favor del accionante con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, dando aplicación íntegra a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año?*

> *¿De qué manera debe ordenarse que se realicen los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, en caso de reajustes pensionales?*

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Obligatoriedad del precedente de Unificación

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y en desarrollo del artículo 103 Constitucional, se consolidó la importancia de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y las decisiones tomadas por la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales.

El artículo 10° de la Ley 1437 de 2011, impone a las autoridades administrativas el deber de aplicación de manera igualitaria de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a los asuntos que contengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es decir, que cuando una autoridad administrativa se encuentre ante casos con los mismos hechos y fundamentados en las mismas normas jurídicas deberán adoptar decisiones uniformes. En otras palabras, siempre y cuando se den los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es obligación tener en cuenta las sentencias de unificación en las que se efectúe la interpretación y aplicación de dichas normas que sustenten la solución del asunto; obligación que impone el artículo mencionado.

La Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011, al analizar la exequibilidad del artículo 10° de la Ley 1437 de 2011, dispuso la constitucionalidad condicionada de dicho artículo en el entendido que, así como se debían tener en cuenta la sentencias de unificación del Consejo de Estado, de manera preferente correspondía tener en cuenta las decisiones tomadas por la Corte Constitucional en las cuales se interpretaran las normas constitucionales aplicables al caso en concreto.

En ese sentido, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, la solicitud de extensión de la jurisprudencia -ya sea adelantada ante la autoridad administrativa competente o ante el Consejo de Estado por negativa de la autoridad- y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, son figuras jurídicas tendientes a que se aplique realmente el precedente jurisprudencial administrativo.

3.2. Del Régimen de Transición previsto en la Ley 100 de 1993 y de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado

Con la Ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estableciéndose dentro del mismo los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez, derogando a su vez los diferentes regímenes pensionales existentes con anterioridad.

Sin embargo, en su artículo 36 contempló un régimen de transición, en los siguientes términos:

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

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
(...)
Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio." (Subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-789 de 2002, precisó el alcance del mencionado artículo 36 de dicha normatividad al expresar lo siguiente:

"La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo."

Por tanto, el artículo 36 permitió que la situación jurídica se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional, para las personas que cumpliesen uno de los siguientes requisitos, los cuales debían estar reunidos al momento de la entrada en vigencia del sistema de pensiones:

1. **Hombres que tuvieran más de cuarenta años.**
2. Mujeres mayores de treinta y cinco años.

3. Hombres y mujeres **que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados.**

Tal como lo señaló el Consejo de Estado, en sentencia proferida el 12 de mayo de 2005 dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2000-04685-01 (2938-04), *"la transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior".*

En lo que hace relación a las normas aplicables al monto del ingreso base de liquidación de la pensión, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 28 de octubre de 2004 dentro del expediente No. 76001-23-31-000-2001-05461-01 (5884-03), indicó que *"... no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio***"

De lo anterior, se colige que el monto de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación para las personas amparadas por el régimen de transición, se rige por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Como resultado de lo expuesto se tiene que la normatividad aplicable para la pensión de jubilación del demandante y su liquidación era la Ley 33 de 1985, la cual aplicaba a todos los servidores públicos de todos los niveles que no se encontraran exceptuados de ella.

3.3. Del Régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985

En los términos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, la consolidación del derecho a la pensión ordinaria de jubilación surge cuando se cumplen 20 años de servicio y 55 años de edad. En cuanto a la base de liquidación, la precitada ley dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante

el último año de servicio y enumeró en su artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de los mencionados aportes; disposición que fue modificada por el artículo 1° inciso 2° de la Ley 62 de 1985, en la que se incluyeron como factores de liquidación las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

No obstante, es importante señalar que la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado por vía jurisprudencial, a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, dictada con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, dentro del expediente No. 25000232500020060750901 (0112-2009), precisó que los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 lo eran únicamente a título enunciativo, por cuanto debían incluirse todos los que habitual y periódicamente recibía el trabajador como retribución de sus servicios. En suma, atendiendo tal postura jurisprudencial, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, como quiera que son devengados periódicamente por el trabajador en razón a la prestación del servicio y no constituyen sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador.

Posteriormente y en contravía a la postura de unificación anterior, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-230 de 2015, en donde adopta un criterio disímil a partir de lo considerado previamente en la sentencia C-258 de 2013 donde, en sede de revisión de tutela, indicó que la interpretación del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 se debe entender en el sentido que el modo de promediar la base de liquidación de la pensión de jubilación o vejez no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que dicho régimen solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación y que, por lo tanto, el IBL debe ser el contemplado en el régimen general para todos los efectos.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso No. 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013) con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, con ocasión de la expedición de la sentencia en comento, reiteró su posición unánime relativa a que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprendía la base de liquidación (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), a excepción de las pensiones de congresistas y asimilados que se encuentran regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la referida sentencia C-258 del 2013.

Según se determinó en la providencia, si se acogiera la variación interpretativa que pretendía introducir la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015 se afectaría el derecho a la igualdad de los beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o

administrativas. A su juicio, no parece acorde con los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales el cambio jurisprudencial mencionado, toda vez que si la Constitución ya dispuso la finalización del régimen de transición pensional en el año 2014, quedando pendiente un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el derecho, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera y, en cambio, sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los mencionados principios.

El pronunciamiento enfatizó que el argumento expuesto en la sentencia C-258 de 2013 para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 no se puede generalizar y, por ende, aplicar como precedente a otros regímenes, pues ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hace parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, ni goza de reconocimientos que generen afectación al principio de sostenibilidad financiera.

Devino luego el pronunciamiento de la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en sentencia de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016, dentro del proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2016-01334-01, donde se decidió lo siguiente:

> *"(...) PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 13 de octubre del 2016, emitida por la Sección Cuarta de esta Corporación, en la cual negó el amparo solicitado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP, para en su lugar, AMPARAR el derecho al debido proceso de la accionante, en consecuencia, ORDENAR a la Sección Segunda del Consejo de Estado, que en el término de diez (10) días profiera una nueva decisión atendiendo a los lineamientos trazados en esta providencia. (...)"*

Ello, al considerar lo que se transcribe enseguida:

> *"(...) Ahora bien, encuentra la Sala que el argumento central con el que el a quo constitucional dispuso negar el amparo giró en torno a que, en su criterio, resultaba desproporcionado aplicar las reglas fijadas en la SU 230 de 2015 en aquellos casos en que los ciudadanos hubiesen iniciado el trámite ordinario antes de que se profiriera la citada sentencia de unificación, razonamiento que no es de recibo en la medida que esta Sala ha señalado que 'el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.' (...) hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como la igualdad, seguridad jurídica y la confianza legítima.'*
> *(...)*
> *(...) la decisión dictada por la autoridad judicial accionada -Sección Segunda de esta Corporación, desconoció las reglas que respecto el tema bajo estudio, fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015; jurisprudencia que*

conforme a los argumentos expuestos en párrafos precedentes, era de obligatorio cumplimiento por el la Sección Segunda del Consejo de Estado y la cual estaba vigente para fecha en que se profirió el fallo acusado (...)"

No obstante, la Corte Constitucional en **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó los efectos de la sentencia C-258 de 2013 de la siguiente manera:

"(...) De este modo, como el régimen pensional de la señora Delcy del Río Arellano era el contemplado en la Ley 33 de 1985 y no el establecido para los congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios (Ley 4 de 1992), la sentencia alegada como desconocida tampoco resulta aplicable al presente asunto.

*Sin embargo, como la Corte Constitucional mediante Auto 326 de 2014, reafirmó la interpretación que sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 había fijado la sentencia **C-258 de 2013**, según la cual el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el IBL, es preciso advertir que el Tribunal Administrativo del Bolívar no desconoció dicho precedente, por cuanto la peticionaria **adquirió su derecho pensional con anterioridad a ese pronunciamiento**, en razón a lo siguiente:*
(...)

*(...) **la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013**, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. **En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.***

***Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos**, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde 'el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas'. (...)"* (Negrita fuera del texto original).

De conformidad con el análisis antes expuesto, da cuenta la Sala que frente a la acción de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, no se tuvo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia del 9 de noviembre de 2016 precisó que las interpretaciones jurisprudenciales de esa Corporación no podían ser extendidas a las pensiones consolidadas con anterioridad al 7 de mayo de 2013, esto es, la fecha de expedición de la Sentencia C-258 del mismo año, por tratarse de derechos adquiridos.

La sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de mayo de 2016 coincide en señalar que, en materia del IBL de pensiones, cuando se trata de resolver casos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe seguirse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 conforme a las cuales el mencionado asunto debe dilucidarse atendiendo las previsiones de la Ley 100 de 1993 y no las señaladas en el régimen anterior; postura opuesta a la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, que sostuvo que el IBL **es parte integrante del régimen de transición** y, por ello, se debe acudir a las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

Aunque la Sección Quinta del Consejo de Estado en la acción de tutela antes citada se pronunció adoptando una posición opuesta a la de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, no puede obviarse que la aludida providencia dejó de aplicar una línea jurisprudencial que esa misma Corporación ha sostenido establemente, en la que se indica que el régimen de transición comporta la aplicación del régimen anterior **integralmente** y no puede excluir el IBL so pena de incurrir, por contera, en la vulneración del principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad cuando se está ante idénticos supuestos fácticos y jurídicos.

En el mismo sentido, resulta inadmisible que, luego de haberse logrado un avance en la interpretación unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el año 2010 en torno al reconocimiento de la plena efectividad de los derechos pensionales derivados de la interpretación favorable del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se adopte una tesis restrictiva y desfavorable como la expuesta en la la sentencia SU-230 de 2015 frente a quienes, como en este caso, son beneficiarios de una regulación especial como la contenida en la Leyes 33 y 62 de 1985, desconociendo, en sentir de esta Sala, el ***principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*** en la medida en que se vería frustrada la protección ya otorgada a dichos beneficiarios, impidiéndoles gozar de sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano.

Es por ello que, ante la existencia de una consolidada línea jurisprudencial integrada por una sentencia de unificación y varias sentencias proferidas en juicios ordinarios y de tutela por parte del Consejo de Estado sobre el mismo asunto, no queda duda a esta Sala frente a su deber de seguir los criterios sentados en los fallos de esa Corporación, no sólo en aplicación de la Constitución Política, sino también de los artículos 10 y 270 de la Ley 1437 de 2011. Cabe mencionar, de un lado, que la acción de tutela va encaminada a salvaguardar derechos particulares y concretos, salvo los casos en los que se otorguen efectos *inter comunis* a la decisión, en cambio, los precedentes surgen a partir de reiterados pronunciamientos, como sucede en lo que se refiere a la integralidad del sistema pensional anterior y, de otro lado, que las sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado son fuente de

derecho, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 24 de agosto de 2011 y C-816 de 2011, así que desconocerlas implicaría un desconocimiento de la ley.

A más de lo anterior, dirá la Sala que por vía de tutela, recientemente, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, proferida con ponencia del Consejero Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera[1] señaló el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, so pena de incurrir en un desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, en consecuencia, en vía de hecho. Se dijo allí:

> *"(...) Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
> *(...)*
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015, no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*
> *(...)*
> *En cuanto a la debida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cabe recordar que este fue determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995, que estudió la exequibilidad de ese artículo, precedente que, de conformidad con la jurisprudencia de esa Corporación, resulta de obligatorio acatamiento.*
> *(...)*
> *En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016, para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)"*

Ahora, en un pronunciamiento más reciente, el Consejo de Estado mediante la sentencia del 9 de febrero de 2017, dictada con ponencia del Consejero César Palomino Cortés, dentro del proceso con radicado No. 25000234200020130154101, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 -proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado-

[1] *CE 1, 22 Sep. 2016, e11001031500020160009400, R. Serrato.*

sostuvo que en las sentencias T-631 de 2002, T-169 de 2003, T-651 de 2004, T-158 de 2006, T-251 de 2007, T-101 de 2008 y T-180 de 2008, la Corte Constitucional venía manteniendo la tesis de que el ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición era el correspondiente al del régimen anterior y que el efecto útil del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 está en suplir eventuales vacíos en los regímenes derogados.

Así mismo, como *ratio decidendi*, esa Corporación había afirmado que se vulneraban los derechos pensionales cuando no se aplicaba en su integridad el régimen especial en el que se encontraba amparado el beneficiario del régimen de transición, ya que **el monto y la base de liquidación de la pensión formaban una unidad inescindible**; criterio que fue modificado en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el ingreso base de liquidación (IBL) no es un aspecto sujeto a transición -para establecerlo debe aplicarse lo contenido en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993- y que, como factores de liquidación de la pensión, solo podrán tomarse aquellos ingresos percibidos efectivamente por el beneficiario que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones respectivas. Sin embargo, la Corte Constitucional fija un punto de partida para aplicar la interpretación a que se contrajo la sentencia C-258 de 2013 al aseverar que se aplicará a pensiones consolidadas **después del 7 de mayo de 2013**, esto es, cuando fue proferida ésta decisión judicial.

Así pues, la línea jurisprudencia del Consejo de Estado ha sintetizado que el régimen de transición debe reconocerse: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa, b) con la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) con los factores integrantes del régimen anterior como meramente enunciativos y no taxativos, d) ordenando el descuento de los aportes que no se hubieren efectuado oportunamente para mantener el equilibrio de las finanzas públicas pensionales.

En estas condiciones, aún ante la presencia de la mencionada sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado[2], lo cierto es que el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Administrativa ha reiterado la tesis dominante de esa Corporación y mantiene incólume la decisión de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 por considerar que atender las

---

[2] *Vale la pena agregar que en sentencia dictada el 23 de marzo de 2017 dentro del proceso con radicación No. 11001-03-15-000-2016-03366-01, la Sección Quinta expidió una providencia en la que rectifica parcialmente su posición en el sentido de señalar que la interpretación de la Corte Constitucional solo es aplicable para las pensiones consolidadas con posterioridad al 6 de julio de 2015, fecha en que fue dictada la sentencia SU-230 de 2015: "(...) Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, **opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación**, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.*
*Sin embargo, por involucrar **derechos adquiridos**, ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política.*
*Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues **no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida**. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

decisiones de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016, proferidas por la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, atentaría contra los principios de progresividad y favorabilidad, y comprometería derechos laborales de rango constitucional.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al *sub lite*, debe precisarse que no existe controversia acerca de que el actor se encuentra cobijado por el régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993, el cual remite en su caso a la Ley 33 de 1985. Así las cosas, el debate planteado en la alzada por la UGPP, radica en el marco temporal del IBL y los factores que lo integran.

Al respecto, del marco jurídico expuesto en precedencia, donde se confrontaron las tesis de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, puede concluirse que, a pesar de las claras divergencias argumentativas, existe claridad en dos aspectos fundamentales: primero, que el sustento de la *ratio decidendi* expuesta por la primera se dirige a censurar las pensiones que fueron reconocidas con abuso del derecho por parte del ciudadano o fraude a la ley[3]; y segundo, que el precedente constitucional solo es aplicable a las pensiones de jubilación cobijadas por el régimen de transición que se consolidaron con posterioridad a la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

El entendimiento de estos dos razonamientos, guarda armonía con la posición del Órgano de Cierre de esta jurisdicción, que a pesar de debatir el concepto de *monto de la pensión* en la forma como fue delimitado por el Tribunal Constitucional, también reprueba las pensiones obtenidas con abuso del derecho o fraude a la ley, explicando que, en todo caso, no puede entenderse como tal la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 a quienes aportaron durante toda su vida laboral sin saltos económicos desproporcionados para sortear la contingencia de la vejez[4], y considera que su jurisprudencia rige, por lo menos, hasta antes de que la Corte Constitucional variara la suya (la aplicabilidad después de ese momento sigue en debate).

---

[3] *CConst, T-615/2016, J. Palacio: "(...) en el sub – lite se encuentra demostrado que la señora Delcy Del Rio Arellano trabajó desde el 19 de octubre de 1973 hasta el 30 de julio de 2003, es decir, aproximadamente 30 años, tiempo durante el cual realizó los aportes correspondientes para adquirir la prestación pensional.* ***Esa circunstancia desvirtúa que la pensión haya sido obtenida con abuso del derecho o fraude a la Ley, razón por la cual no le es dable a la Corte que por vía de tutela se ordene la reducción de la mesada pensional de la ciudadana en mención con fundamento en una sentencia de unificación que no fijó en la parte considerativa ni en la resolutiva el procedimiento o los parámetros para efectuar la reducción de las pensiones, máxime si no existe una venta injustificada que defraude la sostenibilidad financiera del sistema pensional ya que la beneficiaria financió durante toda su historia laboral su pensión****. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

[4] *CE 2, 9 Feb. 2017, e2500023420002013015410 1(4683-2013), C. Palomino: "(...) La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas de quienes han consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad, con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que refleje su trabajo y su esfuerzo y* ***no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas.*** *(...)" (Negrilla fuera del texto original)*

Así las cosas, lo primero que deberá indagarse es si esos dos requisitos se reúnen en el presente caso, evento en el cual la vigencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado no admite discusión; de lo contrario, la Sala procederá, en virtud del principio de transparencia, a explicar los motivos que le llevan a adoptar una de las interpretaciones de las Altas Cortes.

Verificado el expediente, se tiene que el accionante estuvo vinculado a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, desde el 1° de febrero de 1974 al 30 de agosto de 2002, fecha de retiro definitivo del servicio, en el cargo de Cocinero Mayor (fls. 25) y se demostró que el actor adquirió su estatus pensional el 1° de febrero de 1994, cuando reunió los requisitos de edad y tiempo de servicios (CD fl. 45 – archivo 21).

De lo anterior puede concluirse sin dubitación alguna que el demandante (i) no busca beneficiarse de una conducta constitutiva de abuso del derecho o fraude a la ley, debido a que permaneció en el mismo cargo durante toda su vida laboral, sin que se advierta que el propósito de la situación administrativa fuera aumentar desproporcionadamente el monto de su pensión de jubilación y efectuó aportes a pensión durante la misma, y (ii) adquirió su estatus pensional antes de la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Por lo tanto, en este caso resulta clara la aplicación del precedente fijado por el Consejo de Estado sobre la reliquidación de las pensiones de jubilación de los servidores cobijados por la Ley 33 de 1985, en virtud del régimen de transición creado en la Ley 100 de 1993, que en cuanto a los cargos de la apelación, consiste en que la liquidación de la prestación debe efectuarse con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios. Además, con el fin de salvaguardar la sostenibilidad económica del sistema, debe disponerse que se realicen los descuentos pertinentes a salud y pensión frente a los conceptos cuya inclusión se ordena en la base de liquidación de la pensión, en caso de que no hubieran sido realizados oportunamente.

Aplicando lo antedicho al *sub lite*, no cabe duda de la indebida delimitación del marco temporal de la liquidación, pues no abarcó el último año de servicios sino los últimos diez. Por otra parte, en cumplimiento del fallo judicial proferido por esta Corporación el 26 de julio de 2007, confirmado en segunda instancia por el Consejo de Estado el 4 de septiembre de 2009, CAJANAL EICE reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del señor JOSÉ CARREÑO PÉREZ, efectiva a partir del 1° de septiembre de 2002, incluyendo en el IBL los siguientes factores, según se observa en la Resolución No. UGM 017791 del 21 de noviembre de 2011 (fls. 24-26): asignación básica mensual, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad.

Ahora bien, verificado el certificado de factores salariales obrante en el plenario, se tiene que el accionante devengó los siguientes conceptos en el último año de servicios, comprendido entre el 1° de septiembre de 2001 al 30 de agosto de 2002: **sueldo devengado, auxilio de transporte, pago de antigüedad, subsidio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y**

prima de vacaciones (CD fl. 45 – archivo 60), lo que sin duda alguna impone la necesaria reliquidación del derecho pensional reconocido, incluyendo esta vez los factores inobservados.

Por lo anterior, es dable afirmar que los actos enjuiciados se encuentran viciados de ilegalidad, siendo procedente declarar su nulidad y la consecuente reliquidación pensional reclamada con inclusión de los factores salariales anteriormente enunciados, los cuales fueron tenidos en cuenta en primera instancia, siendo necesario precisar que si bien en primera instancia se ordenó la reliquidación pensional con el último año de servicios prestado por el demandante, es decir del 30 de agosto de 2001 al 30 de agosto de 2002, lo cierto es que el certificado de factores salariales del último año da cuenta que **el actor laboró materialmente hasta el 30 de agosto de 2002** (CD fl. 45 – archivo 60); por tanto, se **modificará el numeral tercero** de la parte resolutiva del fallo apelado, para determinar claramente que el último año de servicios del accionante fue del **1° de septiembre de 2001 al 30 de agosto de 2002.**

4.1. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones

Sobre el particular, y teniendo en cuenta el argumento de apelación de la parte demandante, si bien la *a quo* señaló que de la condena impuesta se descontará lo correspondiente a los factores salariales cuya inclusión se ordena y respecto de los cuales no se haya realizado la deducción legal, advierte la Sala que atendiendo el criterio sentado o trazado por este Tribunal en torno a este asunto, la UGPP deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, **durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral del demandante**, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía, por lo que en tal sentido será **modificado el inciso final del numeral tercero** de la sentencia de primera instancia.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, puede la demandada cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al demandante -entonces empleado-, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena, atendiendo su condición de mayor adulto y la protección Constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

4.2. De la prescripción de las mesadas pensionales

La Sala encuentra bien configurada la excepción de prescripción en los términos propuestos por la UGPP, tal como lo declaró la juez de instancia, pues la petición de reliquidación que dio lugar a la presente demanda fue elevada el 13 de marzo

de 2015 (fl. 31), debiendo declarar la prescripción de las mesadas anteriores al 13 de marzo de 2012.

5. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sobre las costas en esta instancia, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, dispone que "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.*", siempre y cuando se compruebe que se causaron (num 8 artículo *ibídem*).

En lo que respecta a las agencias en derecho en la segunda instancia, se advierte que en el trámite aquí surtido se generaron, atendiendo que la parte accionante presentó alegatos de conclusión y, por lo tanto, se condenará a la parte vencida al pago de las mismas, las cuales se fijan el equivalente a 15 SMLDV. Las costas serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, siguiendo lo establecido en los artículos 365 numeral 4° y 366 del CGP.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, proferida en audiencia inicial el 23 de mayo de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, el cual quedará de la siguiente manera:

> ***"TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, reliquidar y pagar la pensión de jubilación del señor **JOSÉ CARREÑO PÉREZ**, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, esto es, desde el **1° de septiembre de 2001 al 30 de agosto de 2002**, incluyendo como factores salariales, además de los ya reconocidos (asignación básica, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados), los correspondientes a **auxilio de transporte, subsidio de alimentación y las primas de servicios, de vacaciones y de navidad;** con excepción de las mesadas pensionales que se encuentran prescritas, esto es con anterioridad al **13 de marzo de 2012.***
>
> *De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, **durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral del causante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.***

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al demandante -entonces empleado-, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena, atendiendo su condición de mayor adulto y la protección Constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Tales sumas deberán ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y el numeral 1° del artículo 365 del CGP. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente.

CUARTO: FIJAR como agencias en derecho el monto equivalente a **QUINCE (15) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES DIARIOS VIGENTES**, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo No. 1887 de 2013, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, según lo indicado en precedencia.

QUINTO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial *"Justicia Siglo XXI"*.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
*Rad. No. 150013333003-**2016-00047**-01*
Demandante: JOSÉ CARREÑO PÉREZ
Demandado: UGPP

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 206 El 4 DIC 2017
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante: **Mary Rodríguez de Pinilla**
Demandado: **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social**
Expediente : **15001-3333-003-2016-00063-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 16 de marzo de 2017, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución RDP 044925 de 29 de octubre de 2015, por medio de la cual se le negó la reliquidación de su pensión de vejez, y de la Resolución RDP 001861 de 22 de enero de 2016, por la cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior, confirmándola en todas sus partes.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se le reliquide y pague su pensión, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, efectiva a partir del 6 de enero de 2008, y que se efectúe y pague a su favor la indexación de la primera mesada pensional, con el índice de precios al consumidor, año por año, desde la fecha en que fue retirada del servicio hasta la fecha en que cumplió la edad para pensión.

Así mismo, pidió que sobre las diferencias de las mesadas pensionales adeudadas se le paguen ajustes de valor conforme el IPC, desde el 6 de enero de 2008 y hasta cuando se pague su totalidad, tal como lo autoriza el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y el pago de intereses moratorios, conforme lo establece el artículo 192 ibídem.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, adujo violación de la Constitución y la ley como causal de nulidad, por inaplicación de las normas especiales contenidas en las leyes 33 y 62 de 1985, dado que se encuentra cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y como quiera que consolidó plenamente su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Añadió que conforme el criterio unificado del Consejo de Estado las pensiones de los empleados estatales amparados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se deben liquidar con todas las sumas que habitual y periódicamente reciben como retribución del servicio, ello en atención al carácter meramente enunciativo de los factores enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985.

Aseguró que el hecho de no incluir el IBL como parte integral de la transición desconoce los principios de favorabilidad, progresividad e igualdad material, y que el criterio interpretativo del Consejo de Estado es el que más se asemeja a los principios y valores de rango constitucional, además de ser un criterio de autoridad, por tratarse del máximo órgano de lo Contencioso Administrativo.

En lo que respecta a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, manifestó que las mismas no son aplicables al caso ni pueden hacerse extensivas de manera automática, toda vez el análisis de constitucionalidad de la primera se circunscribe al régimen pensional de los congresistas, mientras que la segunda tiene efectos inter partes, pues los supuestos facticos allí

analizados son disímiles de los que en el presente caso se debaten, además de que tales criterios no podrían aplicarse retroactivamente a situaciones jurídicas consolidadas, so pena de vulnerar derechos adquiridos.

Finalmente, alegó falsa motivación como causal de nulidad, por desconocimiento de los antecedentes de hecho y de derecho aplicables al caso y por la no inclusión en la liquidación pensional de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 21 de julio de 2016, en el que además se ordenó notificar a la entidad accionada, al agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 48-49).

1. Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda (fls. 58-72) en los siguientes términos:

Manifestó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que, por tanto, tiene derecho a pensionarse con los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto del régimen anterior, no obstante lo cual, los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión deben ser los estipulados en el Decreto 1158 de 1994. Agregó que en criterio de la Corte Constitucional una interpretación que permita la inclusión de todos los factores, sin consideración a si estos tienen carácter remunerativo o si sobre los mismos se realizaron cotizaciones, es inconstitucional por detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social.

Señaló que no es opcional para la entidad el reconocimiento y aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en tanto la misma resulta ser fuente de derecho y garantía de seguridad jurídica para autoridades y particulares. En el mismo sentido, indicó que es válido para la entidad apartarse del precedente fijado por el Consejo de Estado en torno a la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, toda vez que la figura de la extensión de la jurisprudencia contempla la posibilidad de apartarse de la misma cuando la entidad considere que se trata de interpretaciones erradas.

Solicitó que se dé aplicación al criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, de acuerdo con el cual el monto de las mesadas pensionales corresponde únicamente a los factores salariales efectivamente cotizados, lo cual considera encuentra asidero en los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad del sistema de seguridad social integral.

Indicó que en aplicación de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, la forma de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, ya que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, y excluye el promedio de liquidación.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: inexistencia de la obligación o cobro de lo debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, prescripción de mesadas, y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

2. Audiencia inicial

Mediante proveído de 17 de noviembre de 2016 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del C.P.A.C.A. (fl. 124).

En audiencia celebrada el 16 de marzo de 2017 (fls. 126-134), el *a quo* procedió a proferir sentencia, por tratarse de un asunto de puro derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 179 del C.P.A.C.A.

IV. FALLO RECURRIDO

Mediante fallo proferido el 16 de marzo de 2017, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja accedió a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Precisó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la fecha de su entrada en vigor contaba con más de 35 años de edad, de modo que en su caso resultan aplicables las leyes 33 y 62 de 1985, conforme las cuales tiene derecho a pensión el empleado oficial que haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, en un monto equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para aportes en el último año de servicio.

Advirtió que en las resoluciones mediante las cuales la entidad demandada reconoció y reliquidó la pensión de la accionante se utilizó la fórmula prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, teniendo en cuenta el promedio de los 10 últimos años de servicio, lo cual considera desconoció los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la norma, y que si bien el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 no incluyó el auxilio de transporte, el subsidio de alimentación y las primas de servicios, vacaciones y navidad, como factores para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, señaló que tal listado es simplemente enunciativo y no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicio.

Frente a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, a los cuales acude la demandada como razones de defensa, señaló que la Sentencia SU-230 de 2015 realizó una interpretación de la sentencia C-258 de 2013, dándole un alcance que nunca tuvo, en tanto que en ella se indicó que sus consideraciones no tendrían alcance respecto de los demás regímenes pensionales; así mismo, indicó que la sentencia SU-427 de 2016 se refirió a la situación de abuso del derecho que se configura cuando en el último año de servicio los factores salariales sufren un aumento desproporcionado, lo que conlleva que la pensión sea concedida sin consideración a lo realmente devengado por el pensionado en su vida laboral, situación que no se presenta en el caso particular, en el que se reconoce a la demandante lo que razonablemente le corresponde.

Finalmente, se refirió al reajuste de la primera mesada pensional como una garantía del derecho al mínimo vital y una medida concreta a favor de los pensionados, aplicable cuando la pensión no es reconocida al momento que la persona cumple el tiempo de cotización y se retira, sino tiempo después, cuando cumple la edad para pensión, debiéndose indexar la primera mesada pensional de la demandante, a quien le fue reconocida su pensión en diciembre de 2008, pero con los factores salariales devengados en los últimos diez años de servicio, los cuales culminaron en marzo de 2005.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Agregó que recientes pronunciamientos del Consejo de Estado han ordenado acatar las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de la Corte Constitucional, incluso cuando la solicitud de reliquidación ha sido instaurada con anterioridad a la fecha de dichas providencias (fls. 141-156).

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4º del artículo 192 del C.P.A.C.A., el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación (fl. 161), el cual fue admitido en providencia de 14 de julio de 2017 (fl. 171).

A través de proveído de 8 de septiembre de 2017, se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo traslado para alegar de conclusión, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A. (fl. 176), oportunidad que aprovecharon las partes de la siguiente manera:

Parte demandante (fls. 179-181 vto.)

Alegó la inaplicabilidad de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, en tanto la primera se refirió al régimen pensional de los congresistas, mientras que la segunda, si bien decidió mantener la posición que respecto del IBL del régimen de transición ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no hizo mención a la que tradicionalmente ha venido sosteniendo el Consejo de Estado. Agregó que aplicar la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, especialmente en pensiones amparadas por regímenes generales, atenta contra el concepto de salario y los principios de progresividad y favorabilidad, al tiempo que compromete los derechos fundamentales del pensionado y la autonomía del juez contencioso administrativo.

Señaló que si bien las pautas fijadas por la Corte en las aludidas sentencias, por regla general, son de obligatorio cumplimiento por todos los operadores judiciales, debe exigirse su observancia a partir de su expedición, además que por virtud del principio de favorabilidad la jurisprudencia vigente es aquella

emitida al momento en que se causó el derecho, de modo que el caso concreto se enmarca en el precedente fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 4 de agosto de 2010.

Parte demandada (fls. 182-202):

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El Ministerio Público (fls. 203-208)

Señaló que no se discute que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que se refirió a la aplicabilidad de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, argumentando que no se puede extender sus efectos al caso concreto, por tratarse de eventos con condiciones fácticas distintas, en tanto que la primera estudia el régimen pensional de los congresistas y similares, mientras que la segunda avala la interpretación tradicional de la Corte Suprema de Justicia frente a asuntos de su exclusiva competencia.

Aunado a lo anterior, señaló que la Sección Quinta del Consejo de Estado ha establecido que si el derecho se consolida antes de 6 de julio de 2015, fecha de publicación de la Sentencia SU-230 de 2015, la variación en la jurisprudencia constitucional no tiene por qué cambiar la interpretación que a esa fecha venía realizando el Consejo de Estado.

Así mismo, indicó que la sentencia de unificación SU-427 de 2016 no resulta ser un precedente aplicable al caso concreto, por la disimilitud de fundamentos fácticos, ya que la demandante no detentó una situación administrativa de encargo en su último empleo y sí devengó los factores salariales que ordenó incluir la sentencia de primera instancia.

Finalmente, advirtió que toda vez que el demandante se retiró del servicio el 1 de marzo de 2005 y solo obtuvo el estatus hasta el 6 de enero de 2008, fecha en que cumplió la edad, se configura la hipótesis de aplicabilidad de la indexación de la primera mesada.

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si procede liquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, a quienes como la demandante se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

2. - Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que la demandante se encuentra cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que, por lo mismo, se le deben aplicar los requisitos establecidos en la ley anterior para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, si los dispuestos en la citada disposición, como lo afirma la parte demandada, o al contrario, los establecidos en la norma anterior, como lo expuso la apoderada de la actora.

La Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, señala:

> "Artículo 3: Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."

> "Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."
>
> "En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"

De conformidad con lo anterior, a la demandante le es aplicable la citada ley, toda vez que en virtud del principio de inescindibilidad no se puede para una misma situación fáctica aplicar varias disposiciones normativas.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado:

> "(…) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales"[1]

Entonces, para establecer cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en el caso de la demandante, no se puede desconocer lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, la cual estableció la sub-regla que debe observarse para resolver asuntos como el que actualmente se examina, con el propósito de garantizar principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral. Actuando en consonancia con la precitada decisión, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, además que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección "A" Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 26 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-08992-01(2559-07).

trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Así las cosas, no obstante ser aplicables al accionante, para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación, las normas establecidas en la precitada ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto que debe atenderse el criterio de unificación en mención, en el que se consideró que la pensión debe liquidarse con base de todos los factores salariales devengados en el último año; luego, para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación periódica, ha de atenderse este criterio en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

Bajo este criterio, estima la jurisprudencia de la cual se viene hablando que, acorde con lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley 1045 de 1978, los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar el monto pensional eran superiores a los enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985, disposiciones que por demás no contienen una lista taxativa de los factores salariales que han de servir de base para establecer el salario plante de liquidación, sino meramente enunciativa, lo que permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador en el último año de servicio, criterio que hace reconocimiento también al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que impone tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral por parte del trabajador.

No sobra advertir que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha ratificado la tesis expuesta, v. gr la sentencia de 26 de agosto de 2010, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159- 01, asimismo, la sentencia del mismo ponente de 3 de febrero de 2011, expedida por la Subsección B, radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Entonces, atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, como en el caso de la accionante, se tendrán en cuenta los factores devengados en el último año de servicio, y no solo aquellos sobre los cuales la accionada liquidó.

En tal sentido, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, que conforme a las certificaciones salariales se encuentren acreditados.

Así las cosas, establecido como quedó líneas atrás que los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la accionante son las Leyes 33 y 62 de 1985, es claro que tiene derecho a que se le incluyan en la liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el último año de prestación del servicio, esto es, entre el 2 de marzo de 2004 y el 1 de marzo de 2005 (fl. 35).

De conformidad con la certificación expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social (fl. 36), la peticionaria percibió los siguientes factores salariales en el último año de servicios: asignación básica, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, vacaciones en tiempo y bonificación de recreación, de los cuales la entidad demandada solo tuvo en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante la asignación básica y la bonificación por servicios (fl. 20), luego, significa que excluyó el auxilio de transporte, el subsidio de alimentación, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad, las vacaciones en tiempo y la bonificación de recreación.

Se aclara que el pago de vacaciones y la bonificación de recreación no pueden ser incluidos en la base de liquidación, en tanto que el primero no constituye salario ni prestación, sino un descanso remunerado no computable para fines

pensionales, mientras que la segunda no constituye factor de salario, por expresa disposición del decreto que la creó.

3. -De la indexación de la primera mesada pensional

El artículo primero de la Constitución Política consagró el principio del Estado Social de Derecho, del cual surgen garantías ligadas al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que prima el derecho irrenunciable a la seguridad social, el cual incluye la actualización periódica de las mesadas pensionales.

Al respecto de la actualización de la primera mesada pensional, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección "A", con ponencia del 8 de agosto de 2011, M.P. Alfonso Vargas Rincón, señaló:

> "De otro lado, al quedar demostrado que el último año de servicio prestado por el actor al Estado, fue entre el 1 de septiembre de 1992 al 31 de octubre de 1993 y los 55 años de edad los cumplió el 24 de diciembre de 2000, fecha a partir de la cual se le reconoció y ordenó el pago de la prestación, evidencia sin dificultad que el poder adquisitivo de la moneda en dicho lapso, se debilitó en forma ostensible, pues el valor del peso en el año de 1993 es diferente al año 2000, es decir, su valor resulta realmente empobrecido por el impacto inflacionario.
>
> Actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicio, es la única forma de impedir que se vea obligado a recibir una pensión de jubilación devaluada, pues es innegable y así lo viene sosteniendo le Sala en reiterados pronunciamientos que en economías inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias, se convierte en un factor de equidad y justicia que permite el pago del valor real de las acreencias."

Así las cosas, teniendo en cuenta que la pensión se debe liquidar con el promedio de lo devengado por la actora en el último año de servicio (2 de marzo de 2004 a 1 de marzo de 2005) (fl. 35), y toda vez que la misma adquirió el estatus pensional a partir del 6 de enero de 2008 (fl. 15), se debe actualizar el valor de la primera mesada pensional.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

4. -Descuentos para aportes al sistema de seguridad social en pensiones

En éste aspecto, el Tribunal se permite rectificar la posición adoptada el 24 de agosto de 2015 por la Sala de decisión No. 1 dentro del proceso 1523833333002-2013-07101, M.P. Fabio Iván Afanador García, sentencia acompañada por el ponente en dicho asunto, en la que se sostuvo que el periodo de descuentos a realizarse en materia de aportes corresponde al año de consolidación del derecho.

El cambio de criterio, se debe a varias posturas asumidas por el Consejo de Estado en las que considera que se debe ordenar su descuento sobre el retroactivo de toda la vida laboral, con el fin de proteger el erario público y los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social.

En este punto, es pertinente destacar que las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social constituyen una obligación de carácter parafiscal, dado que son producto de la soberanía fiscal del Estado y gozan de una destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible, por lo que la acción para su cobro prescribe a los cinco años conforme al artículo 817 del Estatuto Tributario.

En suma, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones lo es durante toda la vida laboral, dicho mandato se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores.

Es de precisar que, a juicio del Tribunal, la sentencia es constitutiva de la obligación, en tanto antes de que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación, ni el Estado, ni el empleado estaban obligados a aportar por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985; en consecuencia, sólo cuando el demandante - pensionado pide la reliquidación pensional con todos los factores y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador.

En tal medida, la Sala modificará en este aspecto la sentencia de primera instancia, precisando que el valor a pagar no podrá superar la condena, atendiendo la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

5. –De las sentencias C-258 de 2013 y SU -230 de 2015

Sobre este punto, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la entidad accionada en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta para el efecto los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Para el caso debatido se dirá que la sentencia de constitucionalidad aplica únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, es decir, en concreto y para el caso allí debatido y no en abstracto y en relación a todos (erga omnes) respecto del IBL de las pensiones, conforme se expuso en la sentencia de unificación.

Estos aspectos son suficientes para justificar la inaplicación de la sentencia de unificación, por parte de éste Tribunal, aún más cuando esta Corporación debe acatar la línea jurisprudencial de su superior funcional - Consejo de Estado - (precedente vertical), que para el presente caso no es otro que la sentencia de

unificación del 4 de agosto de 2010, tal y como lo ordenan los artículos 10 y 270 del C.P.A.C.A.

6. –Prescripción de las mesadas pensionales

Las mesadas pensionales, por tratarse una prestación de carácter periódico, pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados – art. 164 num 1º lit c) del C.P.A.C.A-, vale decir, no opera la caducidad de la acción; sin embargo, sí hay lugar a la prescripción del derecho a percibirlas. En lo pertinente, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

> "1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de l968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
>
> 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".

En consonancia con la norma transcrita, los derechos o prestaciones que no son reconocidos por la entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el sujeto afectado desde el momento a partir del cual se hacen exigibles.

Debe resaltarse que si bien esta Corporación al realizar el estudio de la configuración de cosa juzgada en asuntos de reliquidación pensional, determinó que la prescripción debía contarse desde la ejecutoria de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado que dio solución a ese conflicto, tal postura fue revaluada, unificando el Tribunal su jurisprudencia en el sentido de computar el término de la prescripción, para todos los efectos, en la forma dispuesta por la norma atrás referenciada.

En ese orden de ideas, se tiene:

- Que a la demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. 60305 de 12 de diciembre de 2008, condicionada a retiro (fls. 14-18), la cual fue reliquidada por medio de la Resolución No. 41242 de 28 de febrero de 2011 (fls. 19-21).
- Que el 25 de junio de 2015 solicitó la reliquidación de su pensión de vejez (fls. 23-24).
- Que la anterior petición le fue negada mediante Resolución No. RDP 044925 de 29 de octubre de 2015 (fls. 26-27 vto.), a su vez confirmada por medio de la Resolución RDP 001861 de 22 de enero de 2016, por la cual se resolvió un recurso de apelación (fls. 31-33 vto.).
- Que se acudió en demanda ante la jurisdicción el 22 de junio de 2016 (fl. 46).

De conformidad con lo expuesto, teniendo en cuenta que el acto que reliquidó la pensión de la actora le fue notificado el 15 de marzo de 2011 (fl. 22) y que solo hasta el 25 de junio de 2015 solicitó la reliquidación de su pensión (fl. 23), se debe ordenar el pago de la diferencia de las mesadas causadas a partir del 25 de junio de 2012, por prescripción trienal.

7. –De la Sentencia SU-427 de 2016:

De forma reciente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de 2016, en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:

> "…6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[2] de quien se

[2] *En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."*

aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[3].

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario[4], lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (…)."

6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (…)."[5]

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión…" (Resaltado fuera de texto)

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[6], enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un abuso del derecho que, podría decirse, se tipifica cuando en el

---

[3] *Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*

[4] ***Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.***

[5] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

[6] Ver entre otras, SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "…*Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral*."

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, según el certificado laboral visible a folio 35, la siguiente fue la historia laboral de la demandante en los últimos 10 años de servicio, período que se justifica atender, en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional podría llegar a denotar abuso del derecho:

Periodo	**Cargo**	**Entidad**
2 de marzo de 1995 a 1 de marzo de 2005	Auxiliar Administrativo I	Caja Nacional de Previsión Social

Adicionalmente, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia fueron los que durante los últimos 10 años de su historia laboral devengó la actora, sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos. En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

7. –Procedencia de la condena en costas en primera instancia

Por último, frente a la condena en costas, debe recordarse que el artículo 188 del C.P.A.C.A. admite la posibilidad de resolver sobre las mismas de

conformidad con las normas del Procedimiento Civil, dejando como única excepción los procesos en que se ventile un interés público.

En cuanto a la condena en costas, el Consejo de Estado, en sentencia de 16 de abril de 2015, precisó:

> "Si bien una lectura rápida de la disposición, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión *"dispondrá"*, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.
>
> Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide".

Y en aplicación del nuevo procedimiento administrativo, es evidente que no debe probarse el abuso del derecho o la mala fe para proceder a condenar en costas, debiendo aplicarse las reglas establecidas en el artículo 365 del C.G.P., que para el caso, dispone que se condenará en costas a la parte vencida.

Resta decir que el nuevo estatuto adoptó en esta materia un criterio objetivo, siguiendo la tendencia moderna en materia procesal que sugiere hacer abstracción de la intención y de la conducta asumida por la parte vencida, como una forma de estimular el ejercicio diligente y serio del derecho de acción.

Así, en atención a la prosperidad de las pretensiones y de tratarse de un asunto en que en la jurisprudencia ha tenido un desarrollo pacífico, se confirmará también en este aspecto la sentencia.

8. -Costas y agencias en derecho

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la entidad demandada, en virtud de que no prosperó el recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas; igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $288.900.oo, que corresponden al 5% de la estimación de la cuantía indicada en la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, el 16 de marzo de 2017, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte accionada, en virtud a que no prosperó el recurso de apelación. El *a quo* procederá a su liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO. FIJAR como agencias en derecho a cargo de la UGPP, la suma de $288.900.oo.

CUARTO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

DESPACHO No. 4

MAGISTRADO: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: HENRY CAMARGO NEIRA

DEMANDADO: NACIÓN-PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN-PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS- PROCURADURÍA REGIONAL DE BOYACÁ.

RADICADO: 15001333004201200271-00

En virtud del informe secretarial que antecede, **OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE** lo resuelto por la Sección Segunda– Subsección "B", de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (fls.641-654) en providencia del 06 de julio de 2017, mediante el cual se CONFIRMÓ la sentencia del 16 de septiembre de 2013 proferido por la Sala de Decisión No. 5 de ésta Corporación. (Fls.563-572).

Por lo anterior devuélvase a Secretaría para lo pertinente respecto a lo dispuesto en los numerales segundo y tercero de la providencia conferida por esta Corporación en primera instancia (Fl.572).

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho N° 5

Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017

Medio de Control: *Especial Ley 388 de 1997.*
Demandante : Héctor Julio Becerra y otro
Demandado *: Municipio de Duitama y otro*
Expediente *: 15001-23-31-005-2010-001384-00*

Ingresa el proceso al Despacho para proveer en relación con los recursos de apelación propuestos por las partes (fls. 664-700 y 701-714), contra la sentencia de 28 de septiembre de 2017 (fl. 623-662 vto.), mediante la cual la Sala ***accedió de forma parcial a las pretensiones de la demanda.***

No obstante, de conformidad con el Art. 70 de la Ley 1395 de 2010, el cual reformó el Art. 43 de la Ley 640 de 2001, al tratarse de una sentencia condenatoria, es necesario señalar fecha para realizar audiencia de conciliación, la cual será de carácter obligatorio y en caso de que los apelantes no concurran se declarará desierto el recurso

En consecuencia, el Despacho

Resuelve*:*

1. ***Señalar*** *el día* ***30 de enero de 2018****, a la hora de* ***nueve y media de la mañana (9:30 a.m.)****., en las salas de audiencia ubicadas en el quinto piso del Palacio de Justicia, a efectos de llevar a cabo la audiencia de conciliación de que trata la norma señalada en la motivación. Por Secretaría comuníquese a las partes en las direcciones físicas que obran en el expediente, respectivamente.*

2. *Cumplido lo anterior, regrese el proceso al Despacho para continuar con su trámite.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO

El auto que antecede, se notificó por estado.
Nº_____ de hoy _____ siendo las 8:00 a.m.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

Tribunal Administrativo de Boyacá

Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, [illegible]

Acción:	*Repetición*
Demandante:	***Departamento de Boyacá***
Demandado:	*Aurelio Villate Rodríguez*
Expediente:	*51001-31-33-005-2015-00219-00*

Obedézcase y cúmplase la providencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 14 de septiembre de 2017 que confirmó el auto de 16 de abril de 2015, mediante el cual este tribunal rechazó la demanda.

Cumplido lo anterior y en firme esta providencia por secretaria ***archívese*** *el expediente dejando las anotaciones del caso.*

Notifíquese y Cúmplase

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
MAGISTRADA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
CONSTANCIA DE NOTIFICACION POR ESTADO

El auto que antecede, se notificó por estado.

Nº_____ de hoy _____ siendo las 8:00 a.m.

Claudia Lucia Rincon Arango
Secretaria

Mm

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE:	**MARIA INES CARDENAS BAEZ**
DEMANDADO:	**UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP**
RADICACIÓN No:	**150013333005201600028O1**

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Entidad demandada contra el fallo proferido en audiencia del 6 de octubre de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora **MARIA INES CARDENAS BAEZ** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP.**

II. ANTECEDENTES

***2.1.- LA DEMANDA*:** por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora **MARIA INES CARDENAS BAEZ,** solicitó que se declarara la nulidad de la resolución No. 054549 del 29 de noviembre de 2013, mediante la cual la Entidad demandada negó la reliquidación de la pensión reconocida a la demandante, lo mismo que la nulidad del auto ADP 00350 del 13 de enero de 2014, por medio del cual se negó el recurso de apelación en contra de la citada resolución 054549, lo mismo que la nulidad de las resoluciones Nos. 03873 del 5 de febrero de 2014 y RDP 14943 del 13 de mayo de

2014 mediante las cuales se confirmó la decisión contenida en el auto ADP 00350 y finalmente del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo respecto del recurso de apelación presentado por la parte actora contra la resolución No. RDP 014943 del 13 de mayo de 2014.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordenara a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, reliquidar y pagar su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, entre otras declaraciones y condenas.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante indicó que por haber cumplido los requisitos legales, la extinta CAJANAL le concedió una pensión de jubilación mediante la resolución No. 21216 del 5 de junio de 2009 efectiva a partir del 1° de enero de 2008.

Indicó que mediante apoderado solicitó a la Entidad demandada que reliquidara su pensión de jubilación con el promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, pues era beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993; no obstante la demandada negó tal pedimento y lo confirmó mediante los actos administrativos demandados, incluido el acto ficto producto del silencio de la demandada respecto del recurso de apelación interpuesto por la actora contra la resolución que negó la reliquidación de su pensión (fl.2-12).

2.2.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia proferida en audiencia llevada a cabo el 6 de octubre de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, el Juez A quo manifestó que se encontraba probado que la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto en artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto para el 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia dicha disposición, contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio, por lo que concluyó que le era aplicable la Ley 33 de 1985, no

sólo para efectos del tiempo de servicios y edad, sino para determinar el valor de su pensión.

De acuerdo con lo anterior, y con base en la Sentencia de Unificación de 04 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado bajo el Radicado interno No. 0112-09, el Juez de instancia dispuso que la demandante tenía derecho a que se le liquidara su pensión de jubilación tomando como base todos los factores que constituían salario y que devengó en el año anterior a su retiro del servicio, que lo fue del 1° de septiembre de 2007 a 31 de agosto de 2008 es decir, sueldo, horas extras, bonificación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

De otro lado declaró probada la excepción de prescripción y en tal virtud dispuso que las mesadas causadas con anterioridad al 27 de marzo de 2011 se encontraban afectadas por este fenómeno.

Finalmente, dispuso que la UGPP debería descontar de los factores salariales cuya inclusión se ordenaba, los aportes correspondientes con destino a salud y pensión, siempre y cuando sobre estos no se hubiese efectuado deducción legal (fls. 156-159).

2.3.- *EL RECURSO DE APELACIÓN*

Inconforme con la decisión de primera instancia, **la apoderada de la entidad demandada** la impugnó oportunamente indicando que la demandante por reunir los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, era beneficiaria del régimen de transición, y por tanto, era viable reconocer su pensión de jubilación teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto establecido en el régimen anterior, esto es, el contenido en la Ley 33 de 1985, y que como el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es claro en establecer que las demás condiciones se rigen por lo estipulado en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, los factores sobre los cuales ha de liquidarse la pensión corresponden a los mencionados por la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, como lo es el Decreto 1158 de 1994 modificado por el Decreto 691 de 1994, sin que en los mismos

estén enunciados los pretendidos por el demandante por lo que no se pueden incluir en el IBL.

De otra parte, aseguró que la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 29 de abril de 2015, dejó establecido que para los cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sus liquidaciones pensionales se debían realizar con la edad, el tiempo de servicios y el monto establecido en el régimen anterior, sin que pudiera considerarse que el ingreso base de liquidación se calculara de la misma forma porque éste no fue un aspecto sometido a transición (fl. 175-186).

2.4.- ALEGATOS DE CONCLUSION. En el término concedido para el efecto, los apoderados de las partes presentaron sendos escritos en los que reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de alzada y en la demanda respectivamente (fl. 202-216 y 217-223).

Por su parte, la Agencia del Ministerio Público solicitó se confirmara la sentencia recurrida, esto es, acceder a la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante; para esto expuso las razones por las cuales consideraba debía seguirse dando cumplimiento a la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado en torno a la aplicabilidad de la sentencia de unificación de esa Corporación del 4 de agosto de 2010. Así conceptuó en el sentido de que al haberse acreditado que la demandante devengó todos los factores salariales que el Juez de primera instancia ordenó incluir en la base de liquidación pensional, debía accederse a ello (fl. 224-238).

III. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

En esta oportunidad la Sala entrará a determinar si la demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios prestados, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación tomando en cuenta sólo los factores salariales

establecidos en el Decreto 1158 de 1995 y sobre los cuales se realizó aportes a pensión, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **(i)** Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado; **(ii)** Del alcance de la sentencias C-258 de 2013 y SU - 230 de 29 de abril de 2015 y SU-427 de 2016 emitidas por la Corte Constitucional; **(iii)** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones; y **(iv)** Caso Concreto y condena en costas.

3.1. De los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36[1] de la Ley 100 de 1993, norma que permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años de edad y de las mujeres con más de 35 años de edad, o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), **se rigieran por el régimen anterior** en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la

---

[1] ***ARTICULO. 36.- Régimen de transición***. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

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

forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas anteriores a la vigencia de la citada Ley 100, en el inciso 3º se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión.

Frente a dicha contradicción, la jurisprudencia de Consejo de Estado[2] ha precisado que "*no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y* ***monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación****), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio".* (Resaltado fuera del texto).

---

[2]Consejo de Estado: Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99, en los siguientes términos:

"(...) cuando la Ley empleó la palabra "monto", no fue para ***que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100***.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2° en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, ***que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2°.***" (Negrilla y subrayado fuer a del texto)

Así entonces, de lo expuesto se colige que el **monto** de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación, se rige, para las personas amparadas por el régimen de transición, por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En efecto, el régimen pensional anterior al establecido en la Ley 100 de 1993 resulta ser el previsto en la ley 33 de 1985, aplicable a los trabajadores del sector oficial, el cual en su artículo 1º consagra como regla general que tendrá derecho al reconocimiento y pago mensual de una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, el empleado que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años.

Por su parte, el artículo 3° de la ley 33, modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985, estableció que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante, el órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa en sentencia unificadora[3] proferida el 4 de agosto de 2010, adoptó la postura – aún vigente- en virtud de la cual, **la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación**

[3] Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 25000-2325-000-2006-07509-01 (0112-2009), C.P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO.

de servicios; tesis que se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso de las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías.

Acatando la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de unificación, resulta válido afirmar que todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

3.2 De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016 debe señalarse que sus consideraciones y efectos van dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes, -como lo es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado- son fuente de derecho, ostentan carácter

vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad jurídica, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011[4] y C-816 de 2011[5], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[6], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
>
> *(...)*
>
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015,* ***no resulta aplicable en asuntos de la***

---

[4] *"11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.* ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante***" (Negrilla fuera de texto)

[5] *"5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.* ***En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida***" (Subraya fuera de texto)

[6] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

***jurisdicción contencioso administrativa**; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*

(...)

En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[7], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016 proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social, disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[8], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de

[7] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 2500023420002013-01541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.
[8] Exp. 4683-13

servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.** Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso base de liquidación** como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos y finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores salariales que se ordenan incluir en la base de liquidación pensional, a los efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Concejo de Estado, también lo es que Órgano Supremo de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela

y procesos ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[9].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

3.3. Caso concreto.

Según consta en el plenario, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), la demandante tenía más de 35 años de edad (nació el 23 de junio de 1953 fl. 13), circunstancia que conduce a concluir que al cumplir con uno de los requisitos previstos en el inciso 2º del artículo 36 de la mencionada codificación, es beneficiaria del régimen de transición allí previsto. En consecuencia, para efectos de determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 sin que sea procedente aplicar lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues como se indicó en el marco normativo de ésta providencia, se debe aplicar en su integridad la Ley 33 de 1985, y al haber unificado su jurisprudencia el Consejo de Estado, estableciendo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los empleados oficiales, todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio, entrará la Sala entonces a examinar qué factores devengó la demandante del 31 de agosto de 2007 al 1° de septiembre de 2008 (documento 13 CD fl. 87).

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. Jose Luis Barceló Camacho

En efecto, al revisar el certificado de factores salariales expedido por la Subgerencia Administrativa y Financiera de la ESE Hospital San Rafael de Tunja (fls. 15), se constata que la demandante durante el último año de servicio laborado devengó los siguientes factores salariales: **sueldo, horas extras, bonificación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.**

La extinta CAJANAL mediante la resolución No. 21216 del 5 de junio de 2009 reconoció a la demandante una pensión vitalicia de jubilación (fl. 16), teniendo en cuenta en la base de liquidación pensional la asignación básica, las horas extras, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad.

Ahora, al hacer la comparación de los factores salariales reconocidos por la entidad demandada y los devengados por la actora en el último año de servicios prestados **(31 de agosto de 2007 al 1° de septiembre de 2008)**, encuentra la Sala que en el acto administrativo de reconocimiento pensional **NO** se tuvieron en cuenta los siguientes factores salariales: **prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.**

En este orden de ideas, concluye la Sala que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, -conforme lo expuesto en acápite anterior-, lo mismo que en acatamiento de mandatos Superiores y de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA, la pensión de jubilación reconocida a la demandante debe reliquidarse con la inclusión todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio, es decir, no solo con el sueldo básico **sino también con las horas extras, bonificación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad** y a partir del 2 de septiembre de 2008, día siguiente al retiro definitivo del servicio.

- De la prescripción

Teniendo en cuenta que entre el **5 de junio de 2009,** fecha en que se expidió la resolución No. 21216 mediante la cual se reconoció su pensión de jubilación (fl. 16) y el **27 de marzo de 2014** fecha en que solicitó la reliquidación de su pensión (fl. 50), trascurrieron más de 3 años, forzoso resulta concluir que en el sub judice, las mesadas causadas con anterioridad al **27 de marzo de 2011** se encuentran afectadas por el **fenómeno de la prescripción trienal** previsto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[10], y 102 del Decreto 1848 de 1969[11], tal y como lo declaró la Juez de instancia.

3.4. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones:

En este punto, reiterando la postura que se ha venido adoptando por esta Sala de Decisión[12], se dispondrá que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **MARIA INES CARDENAS BAEZ**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso del demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto

---

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

[11] **Artículo 102°.-** Prescripción de acciones.
1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

[12] Ver entre otras, sentencias de 28 de junio de 2016 exp. 2013-732-00, Sentencia de 13 de septiembre de 2016 exp. No. 2013-674-00, y sentencia de 13 de septiembre de2016 exp. 2014-83-00, con ponencia del suscrito.

Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

IV. COSTAS

La Sala condenará en costas en ésta segunda instancia a la parte recurrente, por confirmarse la providencia apelada[13], y por encontrarse causadas, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P., teniendo en cuenta que la parte actora ejerció actuaciones procesales en segunda instancia, se fija, como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $ 266.574 que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda ($38.885.830 fl. 11), ello, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, la liquidación de las costas y de las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmado, pero se **MODIFICARÁ** el inciso final del numeral 4° de la parte resolutiva en el sentido de ordenar que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, se efectúen los descuentos de los aportes al Sistema General de en Pensiones durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

---

[13] C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia del 6 de octubre de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Excepto el inciso final del numeral 4° de la parte resolutiva que se **MODIFICARÁ** así:

> ***"CUARTO: (...)***
>
> *De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **MARIA INES CARDENAS BAEZ**, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** con destino al Sistema General de Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso del demandante, no podrá superar el valor de la condena a su favor.*
>
> *En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado."*

Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la parte recurrente por haberse resuelto desfavorablemente su recurso de apelación, y por

cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

Tercero: Fijar como agencias en derecho a cargo de la recurrente, la suma de $ 266.574 que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda ($38.885.830 fl. 11).

Cuarto: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE: MARIA INES CARDENAS BAEZ
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 15001333300520160002801

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja,

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Luz Mery Martínez García***
Demandado: ESE Centro de Salud de San Vicente Ferrer de Saboyá y otro
Expediente: 15001-33-33-006-2015-00175-01

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 17 de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

Una vez sustentado tal como se evidencia en escrito visto a folios 463 a 472, mediante auto de 24 de noviembre de 2017 (fl. 474) el juzgado lo concedió en efecto suspensivo y ordenó remitirlo a esta Corporación.

Para resolver se considera:

1. Oportunidad:

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada por medio de mensaje al buzón electrónico el 19 de octubre de 2017 tal como obra a folios 462 y 463, el recurso fue interpuesto y sustentado el 2 de noviembre de 2017 (f. 463).

Teniendo en cuenta lo anterior se dirá que el recurso fue ***presentado oportunamente.***

2. Procedencia:

El artículo 243 del CPACA prevé que "Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces..."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en ***primera instancia*** *y la sentencia que* ***negó las pretensiones de la demanda.*** *En efecto el recurso presentado por la parte demandante es procedente.*

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Admitir el recurso de apelación*** *interpuesto, por Luz Mery Martínez García, parte* ***demandante,*** *contra la sentencia de 17 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.*

2. ***Notifíquese*** *personalmente éste auto al* ***Ministerio Público*** *delegado ante ésta Corporación de conformidad con el numeral 3 del artículo 198 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ___ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucia Rincon Arango
Secretaria

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Armando Moncada Calixto
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP
Expediente: 15001-33-33-006-2017-00011-02

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 211 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 28 de septiembre de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir*** *de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

12 DIC. 2017

ACCIONANTE:	ROSALBINA MARTINEZ VARGAS
ACCIONADO:	ESE CENTRO DE SALUD DE SIACHOQUE
REFERENCIA:	15001333100720100020 7-01
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
ASUNTO:	CORRECCIÓN DE SENTENCIA

Procede la Sala a decidir solicitud de corrección de sentencia elevada por la parte actora a folio 572, aclarando que el expediente llegó con oficio del 3 de noviembre de 2017 del Consejo de Estado, el cual se encontraba en calidad de préstamo.

ANTECEDENTES

La Sala profirió sentencia de segunda instancia el día 24 de enero de 2017 (fl. 558 -569), en el proceso de la referencia, decisión que fue notificada por edicto desfijado el 2 de febrero de 2017.

Mediante escrito allegado el 2 de febrero de 2017, el apoderado de la parte accionada solicitó que el fallo proferido por la Sala fuera corregido en la parte resolutiva, numeral segundo, por cuanto quedó que se condenaba en costas a la parte vencida en la instancia, señalando al Departamento de Boyacá, cuando debió ser la señora ROSALBINA MARTÍNEZ VARGAS (fl.572).

CONSIDERACIONES

Acorde con lo dispuesto en el artículo 310 del CPC, ahora, artículo 286 del Código General del Proceso- CGP, toda providencia podrá corregirse en casos de error por omisión o cambio de palabras o alteraciones de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o influyan en ella.

Conforme a lo anterior, advierte la Sala que por error involuntario en la parte resolutiva de la sentencia proferida el 24 de enero de 2017 se consignó que se condenaría en costas a la parte vencida, indicando al Departamento de Boyacá, cuando lo correcto era mencionar a la demandante Señora Rosalbina Martínez Vargas. Por lo tanto, procede la solicitud presentada por la parte demandada, siendo del caso corregir el

numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia emitida en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CORREGIR el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia del 24 de enero de 2017, proferida por la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

> *"... **SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte vencida en esta instancia, ROSALBINA MARTINEZ VARGAS, en un 2% del valor de las pretensiones, de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura."*

SEGUNDO: En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
MAGISTRADO

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
MAGISTRADO

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 15 [illegible] 2017

ACCIONANTE:	ZOHEDMA GIRALDO MACIAS
ACCIONADOS:	MUNICIPIO DE PUERTO BOYACA
REFERENCIA:	15001333300720140017O-02
MEDIO DE CONTROL :	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por La Parroquia San José Obrero y el Municipio de Puerto Boyacá contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, el 12 de octubre de 2017 (ff. 932-947).

Al respecto, el inciso 1° del artículo 37 de la Ley 472 de 1998 prevé:

> *"(...) ARTICULO 37. RECURSO DE APELACIÓN. El recurso de apelación* ***procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil****, y deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

En este sentido, dado que la anterior es una norma especial que regula el trámite de la apelación en la acción popular y teniendo en cuenta que el CPC fue derogado por el CGP, es dable atender las previsiones que en lo pertinente consagra la normatividad actual:

> *"(...) ARTÍCULO 322. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:*
>
> *1. El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el curso de una audiencia o diligencia, deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada. El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos.*
>
> ***La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.***

(...)
Cuando se apele una sentencia, el apelante**, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, **deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.

Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Bajo este entendido, la sentencia de primera instancia fue notificada en los términos del artículo 203 del CPACA el 13 de octubre de 2017 (f. 947), por lo que la oportunidad para interponer y sustentar el recurso de alzada vencía el 19 de octubre de la misma anualidad.

Verificado el plenario, se observa que la apelación fue presentada y sustentada por la Parroquia San José Obrero, el último día del término (ff. 958-963), por lo que se entienden oportunamente propuesta.

Por su parte, el Municipio de Puerto Boyacá, interpuso recurso de apelación, superado el término para interponer y sustentar el recurso de alzada, esto fue el 30 de octubre de 2017 (fl. 964-967), razón por la cual se declarará inadmisible el recurso propuesto.

En consecuencia, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la PARROQUIA SAN JOSÉ OBRERO contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja el 12 de octubre 2017.

SEGUNDO: DECLARAR INADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Puerto Boyacá contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja el 12 de octubre 2017, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente auto.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente este auto al Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, de conformidad con el numeral 3° del artículo 198 del CPACA.

CUARTO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia las partes podrán pedir pruebas, las cuales solo se decretarán en los casos previstos en el artículo 327 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOYACÁ

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE
NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO

Nº _____ DE HOY _____
A LAS 8:00 A.M.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

DEMANDANTE:	MARIA YOLANDA PAREDES DE VELANDIA
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL
REFERENCIA:	150013333007-**2015-00100**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO - IPC
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fls. 144-156), contra la sentencia de primera instancia proferida el 07 de junio de 2016, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

La señora, MARIA YOLANDA PAREDES DE VELANDIA, a través de apoderado judicial, instauró medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, con el objeto de que se hagan las siguientes:

1.1.1. Declaraciones y condenas (fl. 2)

Que se declare la nulidad del **Oficio No 2014-96135 de fecha 15 de diciembre de 2014**, mediante el cual CREMIL emite respuesta negativa a la petición elevada por la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que: **i)** se condene a la entidad demandada a reajustar la sustitución pensional con aplicación del mayor porcentaje entre el IPC y el decretado por el Gobierno Nacional, para incrementar las asignaciones básicas de los integrantes de la fuerza pública en cumplimiento de la escala gradual porcentual para los años 1997,1999,

2001, 2002, 2003, 2004, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **ii)** se condene al pago efectivo e indexado de las diferencias que resulten entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde el 25 de noviembre de 2010 en adelante, hasta la fecha en que se de cumplimiento al derecho precitado, con aplicación de la prescripción cuatrienal, de conformidad con los decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, **iii)** se condene al pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reajuste solicitado en el numeral 2° a partir de la fecha ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en la sentencia C-188 de 1999, **iv)** se condene al pago de gastos y costas, así como agencias en derecho.

1.1.2. Fundamentos Fácticos (fl. 3)

El apoderado del demandante, indicó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el Acuerdo No 118 de fecha 22 de mayo de 1956, reconoció asignación de retiro al señor ANTONIO GUSTAVO VELANDIA ESPINDOLA.

Señaló que con ocasión a su fallecimiento, CREMIL, mediante Resolución No 2126 de fecha 31 de julio de 2001 le reconoció la pensión de sustitución a la señora MARIA YOLANDA PAREDES DE VELANDIA.

Precisó que la mencionada prestación pensional para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 fue reajustada en un porcentaje inferior al I.P.C del año inmediatamente anterior, ocasionando diferencias desfavorables para la accionante, a saber: 0.26% para 1997,1.79% para 1999,2.9% para 2001, 2.67 para 2002, 0.77 para 2003 y 1.04% para 2004.

Indicó que el 25 de noviembre de 2014, solicitó la reliquidación, reajuste y pago de la pensión, de conformidad con los porcentajes antes referidos, así como la indexación de los valores resultantes de la reliquidación, petición que fue resuelta de manera negativa, **mediante Oficio No 2014-96135 de fecha 15 de diciembre de 2014**.

1.1.3. Normas Violadas y concepto de violación (fls. 6-17)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Preámbulo y artículos 1, 2, 4, 13, 46, 48, 53 y 58 de la Carta Política.

Legales: Ley 4 de 1992, Ley 100 de 1993, Ley 238 de 1995, Ley 279 de 1996 de 2010, Ley 923 de 2004 y Ley 1437 de 2011.

Señaló que la Ley 923 de 2004 incorporó al régimen de pensiones de la fuerza pública los beneficios y derechos establecidos en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, esto es, la mesada 14 y el mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y pensiones, así como también en su artículo 4 estableció como principio del Sistema de Pensiones de la Fuerza Pública, el mantenimiento de las asignaciones de retiro y de las pensiones.

Adujo que con el acto administrativo objeto de debate, CREMIL adoptó un tratamiento inequitativo, por cuanto al permitir la aplicación de porcentajes inferiores al del IPC, quebranta el articulo 13 Superior, pues no existe prestación adicional que compense la pérdida del poder adquisitivo; lo que conlleva a que se pasen por alto los mínimos dispuestos por el Sistema General de Seguridad Social.

Aunado a lo anterior, reprochó el hecho de que la entidad accionada aplicara el incremento anual de las pensiones o asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, con base en las asignaciones básicas que el Gobierno Nacional fija anualmente para el personal en servicio activo, por cuanto, en virtud del principio de favorabilidad laboral, dicho incremento debía realizarse en atención al I.P.C. del año anterior, toda vez que el mismo constituye el porcentaje más elevado, aplicándose así la condición más beneficiosa para el trabajador.

Indicó además que CREMIL incurrió en causal de falsa motivación, por cuanto no existe correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento para negar la petición elevada por la demandante. Así las cosas, la existencia de una interpretación acomodada del principio de oscilación constituye un claro desconocimiento del mandato superior.

De forma reiterada, sostuvo en el acto administrativo que resuelve negativamente la solicitud elevada por la accionante, existe una indebida aplicación de la Ley 4 de 1992, así como de los decretos anuales de aumento salarial, por cuanto dichos preceptos que no son aplicables en materia pensional.

Finalmente, sostuvo que con su actuar CREMIL desconoce la protección especial que la Carta Política le asigna como agente del Estado, de brindar especial atención a las personas de la tercera edad, por cuanto

ésta ha dejado de aumentar en proporción del 9.43% la sustitución pensional de que es beneficiaria la accionante.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 59-62)

El apoderado judicial de la entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho y goza de presunción de legalidad, en tanto su expedición encuentra fundamento en el Decreto Ley 1211 de 1990, que dispone que en el régimen de asignaciones de retiro, se aplica únicamente el principio de oscilación, pues el adoptar mecanismos, fórmulas o sistemas de liquidación diferentes, implicaría la aplicación de un Sistema Prestacional disímil al establecido en el régimen especial para los miembros de las fuerza pública.

En consonancia con lo anterior, precisó que de acuerdo a lo indicado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en oficio No 031163 de fecha 21 de agosto de 2003,*"el Sistema de oscilaciones de asignaciones de retiro y pensión previstos en el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990, constituyó parte integral del Estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las fuerzas Militares y rigió en este caso los incrementos de las pensiones y de las asignaciones de retiro que les habían sido reconocidas las cuales estaban directamente ligados a los aumentos salariales de los miembros activos de la fuerza pública".*

Propuso como excepción la prescripción del derecho.

1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el 7 de junio de 2016, resolvió (fls. 144-156):

> ***"PRIMERO.** DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de PRESCRIPCION propuesta por la parte demandada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:** DECLARASE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el OFICIO 2014-96135 del 15 de diciembre de 2014, expedido por el JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURIDICA DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante el cual se negó la solicitud de reajuste de la sustitución de la asignación de retiro elevada por la señora MARIA YOLANDA PAREDES DE VELANDIA (...)*

TERCERO.- Condenar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a reconocer la diferencia en el reajuste anula de la sustitución de la asignación de retiro, a que tiene derecho la señora MARIA YOLANDA PAREDES DE VELANDIA, (...) de conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, ajustando debidamente su valor para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 hasta el reajuste dispuesto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

CUARTO.- Ordenar el reconocimiento y pago de las mesadas con el incremento señalado anteriormente a partir del 25 de noviembre de 2010, por prescripción cuatrienal del derecho, conforme a lo manifestado en la parte motiva de la sentencia

..."

Para adoptar dicha determinación, la juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, concluyendo que a la demandante le asiste el derecho para obtener el reajuste de su mesada pensional con fundamento en la variación porcentual del I.P.C. ,pues si bien es cierto, la jurisprudencia ha señalado que el mecanismo tradicionalmente adoptado en materia de actualización de la asignación de retiro es el principio de oscilación, conforme a la Ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se hicieron extensivos los beneficios de reajuste pensional conforme al I.P.C., y de la mesada pensional, a los miembros de la fuerza pública.

En concordancia con lo anterior, precisó que el reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la fuerza pública, con fundamento en la variación porcentual del I.P.C., encuentra un límite temporal, en la medida en que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433, esto es, el 31 de diciembre de 2004, que reglamentó la Ley 923 de 2004, el legislador consagró nuevamente el sistema de oscilación como mecanismo de incrementación de las asignaciones de retiro del personal de la fuerza pública.

Así las cosas, determinó que la actualización de la asignación de retiro procedía desde el año 1997 y únicamente podía efectuarse hasta el 31 de diciembre del 2004.

Finalmente, advirtió que en el *sub lite* la reclamación sobre el asunto se presentó el 25 de noviembre de 2014, petición que fue resuelta el 15 de diciembre de 2014, a su vez la accionante formuló demanda dentro de los 4 años subsiguientes, por lo tanto, interrumpió la prescripción, por lo cual la fecha que ha de tenerse para tales efectos, es el 25 de noviembre

de 2010, por lo que las mesadas pensionales anteriores a esta última fecha se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Que lo anterior, se precisó que con base en el incremento diferencial que se ordena como consecuencia del contraste presentado en el porcentaje en que se incrementó la asignación de retiro por la demandada y el incremento porcentual del IPC, se aplique mes a mes y año a año a las asignaciones de retiro correspondiente, para efectuar el incremento real que es, trayendo de esa manera a valor presente, las mesadas del demandante, sin que ello implique que las mesadas anteriores al 25 de noviembre de 2010, no hayan prescrito, pues como se dijo si son objeto del fenómeno prescriptivo.

2. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

2.1. Parte demandada CREMIL (fls. 170-172)

El apoderado de la parte accionada, apeló la sentencia para que se revoque la sentencia con fundamento en lo siguiente:

- Transcribe apartes de lo que la jurisprudencia a definido como costas procesales, luego se refiere al artículo 188 de la Ley 1437, que remite al artículo 365 del CGP, sin hacer ninguna conjetura del caso en concreto.
- Solicita que en caso que se decida emitir condena en contra de la entidad, se tenga en cuenta la excepción de prescripción propuesta en la contestación de la demanda.
- Reitera como petición final que se revoque la sentencia de primera instancia dictada en el proceso de la referencia y en su lugar se nieguen todas las pretensiones.

3. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El anterior recurso fue concedido en auto del 16 de septiembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja (fls. 176-177), y admitido por esta Corporación mediante proveído de 11 de noviembre de 2016 (fl. 187). A través de auto de 25 de diciembre de 2016, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 191).

3.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1.1. Parte demandante

Guardó silencio

3.1.2. Parte demandada

Guardó silencio

3.1.3. Ministerio Público (fl.193-196)

Luego de hacer un recuento de antecedentes concretó que el acto administrativo acusado viola lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-941 de 2003, en el sentido de señalar que si bien a las asignaciones de retiro no se les aplica el mecanismo de actualización previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, tal forma de reajuste si debe aplicarse a las pensiones reconocidas en la distinta normatividad que se ha expedido sobre el tema.

I. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 7 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

1. DEL MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar por parte del Tribunal, los límites a los cuales se ve compelido el *ad-quem* en lo que respecta a la apelación. No pasa por alto la Sala, que el *a-quo* en la sentencia desató una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicha controversia concluye con una sentencia que tiene la virtud de poner término a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y derecho derivadas de lo probado en el plenario y la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Al respecto, conviene recordar que a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con las

propias consideraciones del recurrente, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

> *"La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (...)."* (Negrillas adicionales).

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *"las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'"*[1].

Así pues, el recurrente debe señalar tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez[2]. En consecuencia, la sustentación del recurso de alzada no puede aducir elementos de juicio fácticos y jurídicos diferentes a los que tuvo a su alcance el juez de primera instancia.[3]

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le

---

[1] *Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.*
[2] *Así lo consideró el Consejo de Estado en la providencia dictada el 26 de febrero de 2004, Exp: 26.261. M.P. Alier Hernández Enríquez.*
[3] *Consejo de Estado, Sentencia de 12 de noviembre de 2003, Proceso No. 25000-23-27-000-2000-00017-01(13206) C.P. Dra MARÍA INÉS ORTIZ BAROSA.*

hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

En conclusión, la Sala, en su condición de juez de la segunda instancia, procederá a examinar y a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación presentado por la parte accionada, corresponde a esta Sala establecer si fue ajustada a derecho la condena en costas impuesta por el *a quo* en la sentencia de primera instancia, o por el contrario como lo manifiesta la entidad accionada, aquella resulta inviable en razón a que prosperó la excepción de prescripción de las diferencias resultantes del reajuste ordenado.

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso, para dirimir el objeto de la Litis, así:

- **Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

> *La Sala revocará el numeral séptimo de la sentencia de primera instancia, y en su lugar dispondrá no condenar en costas (incluidas las agencias en derecho); por cuanto, si bien el Honorable Consejo de Estado revaluó la tesis que venía adoptando y acogió el criterio objetivo al concluir que no se debe tener en cuenta la conducta de las partes (temeridad o mala fe), es claro que dicha "objetividad" también se relaciona con el hecho de que en toda sentencia se debe disponer sobre costas, es decir, que hay que decidir, bien sea para condenar total o parcialmente, o para abstenerse de condenar, según las precisas reglas del CGP.*
>
> *De la lectura del artículo 365 en comento, se advierte que dicha norma admite que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el Juez se abstenga de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. En este sentido, esta Sala considera, que como en el caso que se revisa si bien el a quo accedió a la nulidad y al reajuste pretendido por el actor, prosperó la excepción de prescripción, esta situación se traduce en el hecho que la prosperidad de las pretensiones de la demanda no fue total sino parcial, por lo que no debe condenarse en costas.*

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

A efectos de resolver el problema jurídico y la tesis argumentativa planteada, es imperioso traer al plenario, la base legal y jurisprudencial que regula el tema propuesto en la alzada.

3.1. COSTAS PROCESALES

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, gastos ordinarios del proceso[4] y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP[5], y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado[6] los cuales deberán ser fijados contractualmente, entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.° de la ley 1123 de 2007[7].

---

[4] *Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.*

[5] *"**[...]** 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.*
Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.
*4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. **[...]**"*

[6] *Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999*

[7] *Regula la norma como deber de los abogados, el de "...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto"*

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A del Honorable Consejo de Estado, sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera "automática" u "objetiva", frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la **temeridad, la mala fe** y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el Juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el Juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no. Específicamente, en sentencia de quince (15) de octubre de dos mil quince (2015), Consejera Ponente (E): DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, indicó:

> *"(...) Finalmente, del estudio de la norma del artículo 188 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,* ***en principio se podría decir que la condena en costas es objetiva, no obstante no se puede interpretar de manera literal, toda vez que debe existir un margen de análisis mínimo que le permita al juez evaluar las circunstancias si se impone o no costas a la parte vencida.*** *En este caso existe un argumento serio de valoración probatoria por parte de la entidad demandada, lo que impide aplicarla de manera literal, porque así se estaría impidiendo el acceso a la tutela judicial efectiva.*
>
> *Así las cosas, refiriéndonos al caso en concreto, se observa que el Ad quo no realizó un análisis que permita inferir si hay una circunstancia distinta a la aplicación objetiva y literal de la norma y por tanto al revisarse la discusión planteada por el demandante, es decir, el reconocimiento de la pensión mensual vitalicia de jubilación gracia, la parte actora esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables. (...)" (Resaltado fuera de texto)*

No obstante, la misma Subsección en sentencia de siete (7) de abril de 2016, Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), Actor: JOSÉ FRANCISCO GUERRERO BARDI, varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), con los siguientes argumentos:

> *"(...)* ***Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:***
>
> *a- El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que tratándose de costas en la*

jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público[8].

Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.

b- *De la lectura del artículo 365 en comento, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso,* ***están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refiere la postura anteriormente adoptada y que aquí se substituye.***

c- En efecto, la evolución normativa de este concepto en nuestra legislación, específicamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, permite resaltar tres etapas bien definidas y diferenciadas: ***Una primera etapa de prohibición****, la* ***segunda de regulación con criterio subjetivo****, y la* ***última de regulación con criterio objetivo****.*

(…)

d- Por su parte, el artículo 365 del CGP que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo de la norma, al señalar lo siguiente:

*"****[…]*** *La condena en costas* ***no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada****, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto en el artículo 365.*

Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, ***siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley****. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.* ***[…]"*** *(negrillas fuera de texto)*

e- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, ***puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto***[9]*, para regular la condena en costas a ambas partes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con un criterio netamente objetivo, excepto en cuanto corresponda a los procesos*

---

[8] *Regula la norma lo siguiente: "****[…]*** *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* ***[…]****".*

[9] *Teniendo en cuenta los criterios por los cuales la Corte Constitucional en la sentencia C-043 de 2004 declaró exequible la expresión "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes podrá"*

en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

f- Esta postura fue adoptada recientemente por la Corporación en sede de tutela, decisión que se transcribe in extenso por ser perfectamente aplicable puesto que corrobora el criterio objetivo en la materia.

"[...] 2.5.3. Sobre la condena en costas y agencias en derecho en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

(...)
El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.
b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[10], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

En el presente caso, el a quo en atención a lo dispuesto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 393 del Código de Procedimiento Civil, condenó en costas a la parte demandante y fijó como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones.

---

[10] "***ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.*** *Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*

Claro resulta entonces, que el criterio imperante en el Órgano vértice de la jurisdicción contencioso administrativa, respecto de la condena en costas, es que ésta procede, sin analizar la conducta de las partes, sino con criterio objetivo de valoración.

4. CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se dirá que la Entidad demandada manifestó en su impugnación que debía darse aplicación al numeral 5° del artículo 365 del C.G.P., el cual señala, que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el Juez puede abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, así mismo, que no incurrió en actos dilatorios, ni temerarios que perturbaran el procedimiento.

Así las cosas, la Sala empezará por señalar, que tal como fue expresado en el acápite precedente, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de siete (7) de abril de 2016, Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), Actor: JOSÉ FRANCISCO GUERRERO BARDI, varió la tesis que venía adoptando frente a la imposición de la condena en costas, y acogió el criterio objetivo al concluir que no se debe tener en cuenta la conducta de las partes (temeridad o mala fe).

No obstante, es claro que dicha *"objetividad"* también se relaciona con el hecho de que en toda sentencia se debe disponer sobre costas, es decir, que hay que decidir, bien sea para condenar total o parcialmente, o para abstenerse, según las precisas reglas del CGP, no necesariamente siempre para imponerlas.

Frente a las costas el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo, dispone los parámetros que el Juez debe tener en cuenta para su imposición, así:

> ***"Artículo 365. Condena en costas.***
> *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*
> *Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas,*

una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.
2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.
3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.
4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.
5. ***En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.***
6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción. (Negrilla fuera de texto)

De la lectura del artículo en comento, se advierte que dicha norma admite que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el Juez se abstenga de condenar en costas o pronuncie condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

En el asunto que atiende la Sala, según se evidencia en el plenario se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, habida cuenta que, si bien es cierto se declaró la nulidad del acto administrativo enjuiciado y como consecuencia se condenó a la Entidad demandada a reliquidar y pagar la asignación de retiro a la accionante, teniendo en cuenta el IPC para los años en que éste fue superior al aumento realizado con base en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, también **se declaró la prescripción del derecho al pago de las diferencias prestacionales.**

Por lo expuesto, el Juez de primera instancia tenía la potestad de imponer o no la condena en costas para lo cual se requería que en la sentencia impugnada se consignaran los fundamentos de hecho y de derecho que dieran lugar a su decisión.

Se encuentra entonces que en el presente caso el *a quo* consideró que se habían causado tanto gastos procesales como agencias en derecho, fundamentando su decisión en que había prosperado parcialmente la

excepción de prescripción, por lo que consideró que era viable la imposición de la costas a la parte demandada, pero únicamente por concepto de agencias en derecho, (fl. 154).

Lo anterior, permite colegir que la condena en costas se efectuó por el Juez de primera instancia haciendo referencia específica al reconocimiento parcial de la prescripción cuatrienal para tomar la determinación de imponer la condena en costas, de manera que actuó de acuerdo con lo reglado por el numeral 5 del artículo 365 del CGP.

Si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, *"teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes..."*, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, contenidos en el artículo 365 del C.G.P., norma a la que remite, dentro de los que se encuentra, la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, la prosperidad total o parcial de las pretensiones, en donde el Juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.

En el presente asunto, el *a quo* expuso como argumento para imponer la condena en costas a la parte vencida en el litigio, de acuerdo a lo fundamentado en el Código General del Proceso, y en ese sentido se confirmará la decisión que al respecto adopto la sentencia apelada

- **COSTAS**

Reiterando lo expuesto al analizar las costas de primera instancia, en relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado[11], se debe precisar que a pesar de ser objetivo, se le califica de *"valorativo"* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 CGP.

En el caso de autos, no se acreditó la causación de costas en segunda instancia, toda vez que no hubo intervención de la contraparte y, por lo tanto la Sala se abstendrá de emitir condena en tal sentido.

El numeral 1° del artículo 365 del CGP, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, dispone que *"se condenará en costas a la parte vencida en el*

[11] *Consejo de Estado. Sección Segunda. CP. Guillermo Vargas Ayala. Expediente 25000-23-24-000-2012-00446-01. Fecha 16 de abril de 2015.*

proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.".

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, SALA DE DECISIÓN N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida el 7 de junio de 2016, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte apelante.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

JUDICIAL
DE BOYACÁ
11 DIC 2017

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE:	**AURA FLOR GARCIA JIMENEZ**
DEMANDADO:	**UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP**
RADICACIÓN No:	**150013333007201500185O1**

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada contra el fallo proferido en audiencia del 31 de agosto de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora **AURA FLOR GARCIA JIMENEZ** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP.**

II. ANTECEDENTES

2.1.- LA DEMANDA: por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora **AURA FLOR GARCIA JIMENEZ,** solicitó que se declarara la nulidad parcial de la resolución No. RDP 9661 del 12 de marzo de 2015, mediante la cual la Entidad demandada reliquidó su pensión de jubilación y la nulidad de las resolución No. RDP 23243 del 9 de junio de 2015 mediante la cual la demandada resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la primera confirmándola en su integridad.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordenara a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, reliquidar y pagar su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, a partir del 31 de diciembre de 1996 fecha en que se retiró del servicio; entre otras declaraciones y condenas.

Como fundamento de sus pretensiones la actora indicó que por haber cumplido los requisitos legales, la extinta CAJANAL le concedió una pensión de jubilación mediante la resolución No. 11088 del 10 de marzo de 1993.

Agregó que la Entidad demandada mediante la resolución No. RDP 9661 del 12 de marzo de 2015 reliquidó su mesada pensional.

Indicó que mediante apoderado presentó recurso de apelación en contra de la aludida resolución 9661, pidiendo al efecto que se le incluyera en la base pensional el promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio; no obstante la demandada negó tal pedimento, confirmó el acto administrativo impugnado (fl. 3-18).

2.2.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia proferida en audiencia llevada a cabo el 31 de agosto de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, la Juez A quo manifestó que se encontraba probado que la demandante era beneficiario del régimen de transición de la ley 33 de 1985, pues ingresó a trabajar el 1º de enero de 1969 hasta el 30 de diciembre de 1996, es decir que para la fecha de promulgación de la aludida Ley 33, la demandante contaba con más de 15 años de servicio.

Agregó que el ordenamiento que rige la liquidación pensional de la demandante es el Decreto Ley 1045 de 1978 y que por tanto tiene derecho a que se le incluyan en la liquidación de su mesada pensional los factores devengados durante el año anterior a la desvinculación del servicio, es decir entre el 1º de enero de 1996 y el 31 de diciembre 1996, con la

asignación básica, la bonificación por servicios prestados, horas extras, dominicales y festivos y la prima de antigüedad, el auxilio de transporte, subsidio de alimentación prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.

De otro lado declaró probada la excepción de prescripción y en tal virtud dispuso que las mesadas causadas con anterioridad al 11 de noviembre de 2011 se encontraban afectadas por este fenómeno (fls. 137-145).

2.3.- *EL RECURSO DE APELACIÓN*

Inconforme con la decisión de primera instancia, **la apoderada de la entidad demandada** la impugnó oportunamente, señalando al efecto que la demandante se encontraba amparada por el régimen de transición de la ley 33 de 1985 y en consecuencia se pensionó con 55 años de edad, 20 años de servicio y el 75% como monto de la pensión, tal y como lo indica la ley 33 de 1985; que sin embargo las demás condiciones y requisitos tales como el periodo sobre el cual se liquida la pensión y los factores salariales que se tuvieron en cuenta en la liquidación eran los indicados en la ley 62 de 1985 y que no contempla todos los factores salariales certificados como ingreso base de cotización, únicamente los que se encuentran en forma taxativa en tal norma.

De otro lado, solicitó se revocara la condena en costas, pues a su juicio, no tuvo una conducta procesal temeraria o dilatoria y además porque las pretensiones prosperaron parcialmente en la medida que se declaró probada la excepción de prescripción (fl. 151-154).

2.4.- ALEGATOS DE CONCLUSION. En el término concedido para el efecto, los apoderados de las partes presentaron sendos escritos en los que reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de alzada respectivamente (fl. 174-176 y 177-190).

Por su parte, la Agencia del Ministerio Público solicitó se confirmara la sentencia recurrida, esto es, acceder a la reliquidación de la pensión de

jubilación del demandante; para esto expuso las razones por las cuales consideraba debía seguirse dando cumplimiento a la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado en torno a la aplicabilidad de la sentencia de unificación de esa Corporación del 4 de agosto de 2010. Así conceptuó en el sentido de que al haberse acreditado que la demandante devengó todos los factores salariales que el Juez de primera instancia ordenó incluir en la base de liquidación pensional, debía accederse a ello (fl. 191-195).

III. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

En esta oportunidad la Sala entrará a determinar si la demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios prestados, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación tomando en cuenta sólo los factores salariales establecidos en la ley 62 de 1985 y sobre los cuales realizó aportes a pensión, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **(i)** Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado; **(ii)** Del alcance de la sentencias C-258 de 2013 y SU - 230 de 29 de abril de 2015 y SU-427 de 2016 emitidas por la Corte Constitucional; **(iii)** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones; y **(iv)** Caso Concreto y condena en costas.

3.1. De los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

Dentro de los estatutos que se han aplicado sobre la materia encontramos los siguientes:

La ley 6° de 1945, en su artículo 17 literal b, consagra que los empleados u obreros del orden nacional tenían derecho a una pensión de jubilación cuando hubieren llegado o llegaran a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo.

Luego, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, varío para los servidores públicos nacionales la edad de jubilación de los varones, previendo entonces que la pensión jubilación sería reconocida al empleado público o trabajador oficial que sirviera veinte (20) años continuos o discontinuos y llegara a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, pensión que sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. Cabe precisar que el monto del 75% fue incorporado mediante el artículo 4o de la ley 4a de 1966.

Posteriormente, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 estableció los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, enunciando los siguientes:

> *"a) La asignación básica mensual;*
> *b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
> *c) Los dominicales y feriados;*
> *d) Las horas extras;*
> *e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
> *f) La prima de navidad;*
> *g) La bonificación por servicios prestados;*
> *h) La prima de servicios;*
> *i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
> *j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
> *k) La prima de vacaciones;*
> *l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
> *ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."*

No obstante, el órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa en sentencia unificadora[1] proferida el 4 de agosto de 2010, adoptó la postura – aún vigente- en virtud de la cual, **la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**; tesis que se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso de las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías.

Acatando la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de unificación, resulta válido afirmar que todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

3.2 De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por

[1] Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 25000-2325-000-2006-07509-01 (0112-2009), C.P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO.

varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016 debe señalarse que sus consideraciones y efectos van dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes, -como lo es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado- son fuente de derecho, ostentan carácter vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad jurídica, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011[2] y C-816 de 2011[3], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[4], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está*

---

[2] "*11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.*[2] ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante***" (Negrilla fuera de texto)

[3] "*5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.* ***En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida***" (Subraya fuera de texto)

[4] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).

(...)

Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015, ***no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa****; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*

(...)

En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[5], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016 proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social,

[5] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número. 2500023420002013-01541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[6], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.** Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso base de liquidación** como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos y finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores

[6] Exp. 4683-13

salariales que se ordenan incluir en la base de liquidación pensional, a los efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Concejo de Estado, también lo es que el Órgano Supremo de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[7].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

3.3. Caso concreto.

Según consta en el plenario, la demandante **AURA FLOR GARCIA JIMENEZ,** es beneficiaria del régimen de transición de la ley 33 de 1985, pues para la fecha de su entrada en vigencia (13 de febrero de 1985) ya contaba con más de 15 años de servicio (inició a trabajar de manera ininterrumpida el 1º de enero de 1967, como consta en el documento 22 CD fl. 63), por tanto, su situación pensional debe ser analizada bajo la luz del régimen previsto en la ley 6º de 1945, que establecía el reconocimiento de la pensión de jubilación para los empleados y obreros

[7] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. Jose Luis Barceló Camacho

del orden nacional que hubieren cumplido 50 años de edad y 20 años de servicios; estableciendo el artículo 4o de la ley 4a de 1966 que el monto sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

No obstante, al haber unificado su jurisprudencia el Consejo de Estado, estableciendo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los empleados oficiales, todos los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de prestación del servicio, entrará la Sala a examinar qué factores devengó la demandante del 1º de enero al 31 de diciembre de 1996 (documento 16 CD fl. 63).

En efecto, al revisar el certificado de factores salariales expedido por el Interventor y Subdirector Administrativo del Hospital "San Vicente de Ramiriquí" (documento 24 CD fl. 63), se constata que la demandante, durante el último año de servicio laborado, devengó los siguientes factores salariales: **sueldo, prima de vacaciones, vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, dominicales y feriados, bonificación año cumplido, prima de antigüedad, prima de servicios y prima de navidad.**

La extinta CAJANAL mediante la resolución No. 11088 del 10 de marzo de 1993 reconoció a la demandante una pensión vitalicia de jubilación (documento 11 CD a folio 63).

Posteriormente, por medio de la resolución 027858 del 31 de diciembre de 1997, la extinta CANAJANAL reliquidó la pensión de jubilación reconocida a la demandante, teniendo en cuenta en la base de liquidación pensional la **asignación básica, dominicales y feriados, bonificación servicios prestados y prima de antigüedad** (documento 30 CD fl. 63).

Ahora, al hacer la comparación de los factores salariales reconocidos por la entidad demandada y los devengados por la actora en el último año de servicios prestados (**1º de enero al 31 de diciembre de 1996**),

encuentra la Sala que en los actos administrativo de reliquidación pensional **NO** se tuvieron en cuenta los siguientes factores salariales: **prima de vacaciones, vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios y prima de navidad.**

Precisa la Sala que aunque se encuentra demostrado que la demandante devengó durante el último año de servicios el factor salarial **vacaciones**, dicho emolumento no será computable para efectos pensionales, como quiera que no constituyen salario, tal y como lo señaló la sentencia unificadora del Consejo de Estado de 04 de agosto de 2010, al indicar que *"las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador"*.

En este orden de ideas, concluye la Sala que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, -conforme lo expuesto en acápite anterior-, lo mismo que en acatamiento de mandatos Superiores y de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA, la pensión de jubilación reconocida a la demandante debe reliquidarse con la inclusión de todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio, es decir, **sueldo, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, dominicales y feriados, bonificación año cumplido, prima de antigüedad, prima de servicios y prima de navidad a partir** del 1º de enero de 1997, día siguiente al retiro definitivo del servicio.

- De la prescripción

Teniendo en cuenta que entre el **4 de febrero de 1998** fecha en que la demandante se notificó de la resolución No. 27858 del 31 de diciembre de 1997 mediante la cual se reliquidó su pensión de jubilación (documento 30 CD a folio 63) y el **11 de noviembre de 2014** fecha en que solicitó la reliquidación de su pensión (fl. 20), trascurrieron más de 3 años, forzoso resulta concluir que en el sub judice, las mesadas causadas con anterioridad al **11 de noviembre de 2011** se encuentran afectadas por el **fenómeno de la prescripción trienal** previsto por el artículo 41 del

Decreto 3135 de 1968[8], y 102 del Decreto 1848 de 1969[9], tal y como lo declaró la Juez de instancia.

3.4. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones:

En este punto, reiterando la postura que se ha venido adoptando por esta Sala de Decisión[10], se dispondrá que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **AURA FLORA GARCIA JIMENEZ**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General en Pensiones durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso del demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

---

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

[9] **Artículo 102°.-** Prescripción de acciones.
1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

[10] Ver entre otras, sentencias de 28 de junio de 2016 exp. 2013-732-00, Sentencia de 13 de septiembre de 2016 exp. No. 2013-674-00, y sentencia de 13 de septiembre de2016 exp. 2014-83-00, con ponencia del suscrito.

3.5 Del carácter objetivo de la condena en costas y de la excepción prevista en el C.G.P.

De otro lado, señala la recurrente que debe revocarse la condena en costas y agencias en derecho impuesta por la Juez de primera instancia, por cuanto la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha sido uniforme en señalar que ésta procede solamente cuando la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, actitud que asegura no ha existido por parte de la entidad demandada, aunado al hecho que prosperó la excepción de prescripción por ella propuesta.

En lo que refiere a la condena en costas, hay que decir que se produce un importante cambio en relación con la regulación que venía operando en el proceso contencioso administrativo, sistema que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 171 del C.C.A, dependía de si la parte vencida en el proceso había actuado con temeridad o mala fe, es decir, se trataba de un sistema subjetivo, toda vez que la norma en mención disponía que la condena en costas se haría "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes". De acuerdo con lo previsto por el artículo 188 del C.P.A.C.A[11]., las costas se regulan mediante remisión al Código de Procedimiento Civil (Art. 392)[12], en virtud del cual, el nuevo sistema es objetivo, pues recordemos que la regla general del estatuto procesal enseña que se condena en costas a la parte vencida en el proceso sin que sea necesario examinar el comportamiento procesal de la parte, salvo cuando se trate de procesos donde se ventile un interés público[13].

[11]**C.P.A.C.A. Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en 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.

[12]**C. de P.C. Artículo 392.-** Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º mod. 198. Modificado. Ley 794 de 2003, en art. 42. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Modificado. Ley 1395 de 2010, art. 19. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión, o anulación, que haya propuesto.

(...)

3. **En la sentencia se segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.**

[13]Benavides José Luis, "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 Comentado y Concordado, primera edición, Universidad Externado de Colombia, paginas. 418 y 419.

Ahora, teniendo en cuenta que las costas[14], comprenden, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho,** entendidas como los gastos de apoderamiento en que ha incurrido el demandante aun cuando hubiese litigado personalmente, resulta procedente su fijación conforme lo prescribe el artículo 365 del C.G.P, acudiendo para ello a lo establecido en el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En este orden de ideas, y examinando la determinación adoptada por el Juez de primera instancia en la providencia recurrida, observa la Sala que las pretensiones prosperaron parcialmente y por ello, la Juez de instancia, facultada por lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del CGP, pronunció condena parcial en contra de la demandada, al fijarle el pago de las agencias en derecho únicamente (fl. 144), razón por la cual considera la Sala que la decisión adoptada por la Juez de instancia al respecto resulta acertada y en consecuencia se confirmará.

IV. COSTAS

La Sala condenará en costas en ésta segunda instancia a la parte recurrente, por confirmarse la providencia apelada[15], y por encontrarse causadas, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P., teniendo en cuenta que la parte actora ejerció actuaciones procesales en segunda instancia, se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $ 95.229 que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda ($3.174.332- fl. 17), ello, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, la liquidación de las

---

[14]Blanco Hernán, Procedimiento civil, tomo I. Dupré Editores, Bogotá Colombia 2005, pág. 1022. "las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenia la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho, ósea el pago de los honorarios de abogados que la parte ganancíosa efectuó,** y a la que le deben ser reintegradas." [14]

[15]C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

costas y de las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmado, pero se **MODIFICARÁ** el numeral 7º de la parte resolutiva en el sentido de ordenar que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, se efectúen los descuentos de los aportes al Sistema General de en Pensiones durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia del 31 de agosto de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Excepto el numeral 7º de la parte resolutiva que se **MODIFICARÁ** así:

> *"**SEPTIMO:** De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **AURA FLOR GARCIA JIMENEZ**, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** con destino al Sistema General de Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso del demandante, no podrá superar el valor de la condena a su favor.*

*En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.*

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado."

Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la parte recurrente por haberse resuelto desfavorablemente su recurso de apelación, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

Tercero: Fijar como agencias en derecho a cargo de la recurrente, la suma de $ 95.229 que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda ($3.174.332- fl. 17).

Cuarto: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAMIRO FONSECA SABOGAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
RADICADO: 15001-33-33-007-2015-00189-01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad accionada contra el fallo de fecha trece (13) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor **RAMIRO FONSECA SABOGAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

2.1.- LA DEMANDA: Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **RAMIRO FONSECA SABOGAL** solicitó declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. GNR 309207 de 4 de septiembre de 2014, GNR 660117 de 6 de marzo de 2015, y VPB 52765 de 16 de julio de 2015, proferidas por COLPENSIONES, por medio de las cuales se negó la solicitud de reliquidación de pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada expedir un acto administrativo mediante el cual se ordene reliquidar y pagar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% del promedio de la asignación básica, bonificación por servicios, bonificación especial (quinquenio), prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad devengados durante el último semestre de servicio, a partir del 10 de febrero de 2014.

Adicionalmente, que la liquidación de las anteriores condenas mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y se ajustan a dichas condenas de acuerdo al IPC desde cuando se generaron hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia. (fls. 2 a 9)

2.2. *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia dictada en la audiencia inicial de fecha trece (13) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha conclusión el A quo manifestó que se encuentra probado que el actor se retiró del servicio el 9 de febrero de 2014, así, que conforme a las directrices del régimen especial, su pensión debía liquidarse con base en todos los factores salariales devengados durante el último semestre, es decir, el comprendido entre el 10 de agosto de 2013 y el 9 de febrero de 2014.

Adujo que de conformidad con el certificado de factores salariales allegado al expediente el accionante percibió durante el referido lapso i) sueldo o asignación básica, ii) prima de vacaciones, iii) prima de servicios, iv) prima de navidad, v) bonificación de servicios, vi) bonificación especial por quinquenio, y vii) la indemnización de vacaciones.

Refirió que del estudio del contenido de los actos acusados, se advirtió que la entidad demandada negó la posibilidad de incluir la totalidad de factores salariales devengados por el accionante durante el último semestre de servicios, por considerar que en su condición de beneficiario del régimen

de transición previsto en la Ley 100 de 1993, únicamente tenía derecho a la aplicación de las normas especiales anteriores en lo relacionado con los requisitos pensionales y el monto de la pensión, dejando de lado los factores salariales que conformarían el IBL, que en su criterio deberían corresponder a los señalados en el nuevo Sistema General de Pensiones, consagrados en el Decreto 1158 de 1994, no incluyendo valores relativos a bonificación especial de quinquenio, prima de vacaciones y prima de navidad, por tratarse de conceptos no enlistados en la última preceptiva, razón por la que concluyó que era procedente declarar su nulidad por desconocimiento de las normas en que debían fundarse, ordenando la inclusión de la totalidad de factores que se demostró percibió al finalizar su vida laboral.

2.3.- *EL RECURSO DE APELACIÓN:* Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la entidad demandada la impugnó oportunamente solicitando su revocatoria, indicando que no es posible reliquidar la pensión de jubilación de la actora con el IBL de que trata el Decreto 929 de 1976, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 2015, fijó un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento, en el que dejó establecido que los beneficiarios del régimen de transición por extensión debe tomar como fundamento los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que el legislador al aprobar la normatividad en comento restringió las reglas del IBL, a fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social, como la Universalidad, Solidaridad, Eficiencia y Equidad, con el fin de cumplir con el mandato de distribución equitativa de los recursos públicos conforme lo establece el artículo 48 Superior.

Indicó que conforme a los pronunciamientos que en materia pensional ha emitido la H. Corte Constitucional, es dable concluir que la accionante carece del derecho a que le sea realizada la reliquidación de la prestación pensional, en tanto, actualmente se encuentra vigente el artículo 1º del Decreto 11588 de 1994, el cual estableció los factores salariales que en la actualidad deben ser tenidos en cuenta para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los Servidores Públicos y por ende, para la determinación del

IBL de la pensión, mandato legal que fue tenido en cuenta por COLPENSIONES al momento de la liquidación de la pensión del actor, y emisión de los actos administrativos acusados. (fls. 94-97)

2.4. *TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.*

El recurso de apelación se admitió mediante auto de 24 de febrero de 2017 (fl. 122), y por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., se ordenó por auto de 18 de abril de 2017, correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que, si a bien lo consideraba, emitiera su concepto. (fl. 128)

2.5. TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION.

El **apoderado de la demandante,** reiteró lo expuesto en la demanda e hizo referencia a que los argumentos esbozados en el recurso de apelación de la entidad accionada relacionados con el contenido de las sentencias SU-230 de 2015 y C-258 de 2013, indicando que los mismos ya han sido objeto de análisis por parte del H. Consejo de Estado- Sección Segundo en sentencia de 25 de febrero de 2016, Corporación que ha manifestado que aquellos no son aplicables para este tipo de pensiones, en tanto la postura que ha adoptado por más de veinte años, es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende como base generalmente el ingreso salarial del último año de servicios, y el porcentaje dispuesto legalmente, que por regla general es el 75%, siendo la única excepción las pensiones de los Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013. (fls. 131-135)

A su turno, el agente del **Ministerio Público** considera que se debe confirmar la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, manifestando que en el *sub examine* no es procedente dar aplicación a la Sentencia SU-427 de 2016, pues el actor no detentó una situación administrativa de encargo en su último empleo y si devengó los

factores salariales que ordenó incluir el A quo en la sentencia controvertida, sólo que los mismos no fueron incluidos.

Concluyó que fue acreditado que el actor prestó sus servicios a la Contraloría General de la República desde el 14 de agosto de 1978. Hasta el 9 de febrero de 2014, lapso en el cual cotizó para obtener su derecho pensional y sin que de manera injustificada haya presentado incrementos desproporcionados que lleven a afectar la sostenibilidad financiera del sistema, o a obtener el reconocimiento y pago de su pensión con abuso del derecho o fraude a la Ley. (fls. 136-146)

La **entidad demandada** guardó silencio en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En ésta oportunidad la Sala entrará a determinar si el demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación calculándola sólo con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales realizó sus aportes a pensión, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

3.1 MARCO JURÍDICO

- **Del régimen de transición en materia pensional conforme a la Ley 100 de 1993.**

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; norma que permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años, las mujeres mayores de 35 años o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de enero de 1994), se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el

monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Dicho régimen de transición señaló específicamente lo siguiente:

> ***"ARTICULO. 36.- Régimen de transición**. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.*
>
> *El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...)"*

Vale anotar que éste Régimen fue modificado por el parágrafo transitorio 4º del artículo 1° del acto legislativo 01 de 2005, en donde se dispone que el régimen de transición establecido en La ley 100 de 1993 no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempos de servicio a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo (22 de julio de 2005); a los cuales se les mantendrá el derecho hasta el año 2014.

Según el Consejo de Estado[1], "la transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente

[1]Consejo de Estado; Sección Segunda, sentencia proferida el 12 de mayo de 2005, Exp. No.25000-23-25-000-2000-04685-01 (2938-04).

a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior".

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas vigentes antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, en el inciso tercero se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión. Frente a dicha contradicción la jurisprudencia[2] ha expuesto lo siguiente:

> *"**3.** El inciso 2º del artículo 36 de la mencionada ley, establece:"....."*
>
> *Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.*
>
> *Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monto." Y monto es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).*
>
> ***Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100**.*
>
> ***Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley**.*
>
> *De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere*

[2]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99.

un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, ***que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.***" (negrilla y subrayado fuer a del texto)

Igualmente, la jurisprudencia[3] ha dicho que:

"... no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio".

Así entonces, de lo expuesto se colige que el monto de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación, se rige para las personas amparadas en el régimen de transición, por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al *indubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En tal sentido, el artículo 1° de Ley 33 de 1985, estableció como requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación, los siguientes:

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

Ahora, en cuanto a los factores que se tendrían en cuenta para calcular la base de liquidación de la pensión, el artículo 3° de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, estableció:

[3]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

*"**Artículo 1°.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, **la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

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

En torno al alcance de la lista de factores que señala la Ley 62 como base de liquidación de la pensión, la jurisprudencia no ha sido pacífica, es así como el Consejo de Estado[4] en reciente pronunciamiento ha expuesto las diferentes posiciones que hasta el momento había tenido la Corporación, así:

"... respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma."

El recuento antes mencionado es realizado por el Órgano Supremo de la Jurisdicción Contenciosa para plantear una nueva tesis con el carácter de sentencia unificadora, en los siguientes términos:

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente

[4]Consejo de Estado, Sección Segunda, 4 de agosto de 2010, EXP. No.25000232500020060750901 (0112-2009), ACTOR: LUIS MARIO VELANDIA.-

enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios[5]".

La tesis antes mencionada se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso a las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías, fundamentos que son compartidos por esta Sala de Decisión, por lo que la liquidación de las pensiones bajo el régimen que aquí se analiza se determinará tal como lo ilustró el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de la siguiente manera:

"... en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

"Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978[6]".

Colígese de lo anterior que, todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo

[5] Ibídem.
[6] Ídem.

aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

- **De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.**

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016, debe señalarse que sus consideraciones y efectos van dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes -como lo es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado-, son fuente de derecho, ostentan carácter vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad jurídica, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011[7] y C-816 de 2011[8], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

---

[7] "*11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.*[7] ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante***" (Negrilla fuera de texto)

[8] "*5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.* ***En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida***" (Subraya fuera de texto)

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[9], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
>
> *(...)*
>
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015,* ***no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa****; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*
>
> *(...)*
>
> *En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[10], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el*

[9] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

[10] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 2500023420002013-01541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016, proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social, disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[11], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.** Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se

[11] Exp. 4683-13

aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso base de liquidación** como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos y finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores salariales que se ordenan incluir en la base de liquidación pensional, a los efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado, también lo es que Órgano Vértice de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[12].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

---

[12] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. Jose Luis Barceló Camacho

3.2. Caso concreto.

Se encuentra demostrado en el plenario que el demandante nació el 21 de enero de 1959[13], por lo tanto, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) no tenía 40 años de edad, pero si contaba con más de 15 años de servicios cotizados, contados a partir del 14 de agosto de 1978(folio 14 vuelto), como fecha de ingreso a laborar en la Contraloría General de la República, y el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la norma *ibídem*, razón que conduce a concluir que hace parte del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, para efectos de determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, sin que sea procedente liquidar su pensión de jubilación con los factores salariales enunciados en el Artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, pues como se indicó en el marco normativo de ésta providencia, el H. Consejo de Estado unificó su jurisprudencia indicando que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los empleados oficiales, todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicio.

Por lo anterior, entrará la Sala a determinar cuáles de los factores devengados por la actora durante el último año de servicios, deben ser tomados en cuenta para determinar su base de liquidación pensional.

Al observar el certificado de sueldos y factores salariales obrante a folio 24 del plenario, expedido por parte del Director de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, observa la Sala que el demandante durante el último semestre de servicio laborado a favor de dicha entidad, esto es, del 10 de agosto de 2013 al 9 de febrero de 2014, devengó los siguientes factores salariales: **Sueldo, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación de**

[13] Véase Resolución No. GNR 309207 de 4 de diciembre de 2014 (fl. 10) y copia de la cédula de ciudadanía (fl. 25)

servicios, bonificación especial quinquenio e indemnización de vacaciones.

A su turno, en la Resolución No. GNR 309207 de 4 de septiembre de 2014, por medio de la cual se le reconoció la pensión de vejez al actor teniendo en cuenta únicamente como ingreso base de liquidación la **asignación básica** de $2.081.183,oo al que se aplicó un porcentaje de liquidación del 75%, siendo equivalente a $1.560.887,oo. (fls. 10-12)

Ahora bien, al hacer una comparación de los factores salariales reconocidos por la entidad demandada, y los devengados por la actora en su último año de servicios prestados, encuentra la Sala que en el acto administrativo de reconocimiento pensional, se tuvo en cuenta sólo como ingreso base de liquidación la asignación básica mensual, como se extrae de la parte considerativa de la GNR 309207 de 4 de septiembre de 2014.

Precisa la Sala que, como bien lo advirtió el Juez de primera instancia, aunque el actor también devengó durante éste periodo, la "indemnización de vacaciones", no es computable para efectos pensionales, como quiera que no constituye salario, tal y como lo señaló la sentencia unificadora del Consejo de Estado de 04 de agosto de 2010, al indicar que *"las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador"*.

En este orden de ideas, concluye la Sala que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, -conforme lo expuesto en acápite anterior-, lo mismo que en acatamiento de mandatos Superiores y de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA, la pensión de jubilación reconocida al demandante debe reliquidarse con la inclusión todos los factores salariales que devengó en el semestre anterior al retiro del servicio, por corresponder al régimen especial previsto para los empleados de la Contraloría General de la Nación, es decir, no solo con el sueldo básico sino también la prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación de servicios y bonificación especial por quinquenio, y con efectos fiscales a partir del **10 de febrero de 2014**,

por ser esa la fecha en qué se hizo efectivo el derecho para el señor FONSECA SABOGAL, como se colige del contenido de los actos objeto de censura.

De otro lado, se concluye que en contraposición al argumento de apelación elevado por la entidad accionada, y concerniente a la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015, es oportuno enfatizar como se hizo en el acápite de marco jurídico de esta providencia, que la Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de Unificación emitida por el H. Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente.

- De la prescripción

Así las cosas, teniendo en cuenta que al demandante se le reconoció pensión de jubilación a partir del **10 de febrero de 2014**, fecha en que adquirió el status pensional, forzoso resulta concluir que en el *sub judice* no ha operado el fenómeno de la prescripción previsto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[14], y 102 del Decreto 1848 de 1969[15], si se tiene en cuenta que el demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por conducto de apoderado el 6 de octubre de 2015, aun cuando no había transcurrido ni siquiera un año contado a partir de la fecha en que adquirió el derecho.

---

[14] "Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

[15] **Artículo 102º.-** Prescripción de acciones.

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

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

3.3 De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones:

En este punto, reiterando la postura que se ha venido adoptando por esta Sala de Decisión[16], se considera que es procedente que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor **RAMIRO FONSECA SABOGAL**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso de la demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993, y tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

Ahora bien, pese a que el A quo en el numeral 6º de la providencia objeto de estudio dispuso que la entidad accionada COLPENSIONES, que en caso que por concepto de los factores cuya inclusión se ordena, no se hayan efectuado los descuentos respectivos para aportes pensionales, podrá descontarlos del valor resultante de la condena, omitió indicar de manera expresa que los descuentos deberán hacerse durante sus últimos 5 años de vida laboral y en la forma como se expuso en líneas precedentes, razón por la cual en este sentido la sentencia será modificada y confirmada en todo lo demás.

[16] Ver entre otras, sentencias de 28 de junio de 2016 exp. 2013-732-00, Sentencia de 13 de septiembre de 2016 exp. No. 2013-674-00, y sentencia de 13 de septiembre de2016 exp. 2014-83-00, con ponencia del suscrito.

IV. COSTAS

Frente al caso concreto, quedó demostrado que la parte demandante, quien terminó favorecida dentro del presente proceso, intervino en el trámite de la segunda instancia presentando alegatos de conclusión[17], es decir, se hallan acreditadas las expensas y los gastos efectuados en el trámite de alzada, siendo una razón suficiente para concluir que hay lugar a su imposición.

En suma, teniendo en cuenta que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, la Sala tendrá en cuenta lo normado para la materia en el Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, en atención a lo señalado en los artículos 3, 4 y 6 del referido Acuerdo, se condenará al pago de Agencias en Derecho en contra de la parte vencida y a favor de la demandante por el valor que resulte de aplicar el DOS POR CIENTO (2%) al valor de las pretensiones, esto es el equivalente a $299.050,02 si se tiene en cuenta que la cuantía de las pretensiones fue calculada en la demanda en un equivalente a $14.952.510,oo.

- **CONCLUSIÓN**

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser modificado en su numeral 6º referente a la indicación concreta del lapso sobre el cual deben ser efectuados los descuentos de la condena con destino al Sistema general de Pensiones, y confirmado en todo lo demás, como quiera que los argumentos expuestos en la alzada no desvirtuaron la legalidad de las decisiones que allí fueron plasmadas por el Juzgado 7º Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en sentencia de 13 de septiembre de 2016.

---

[17] Folios 131-135.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja el día veintidós (22) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), excepto el numeral sexto, el cual se modifica y quedará así:

> ***"SEXTO.-*** *De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor* ***RAMIRO FONSECA SABOGAL****, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP, deberá realizar los descuentos* ***que no se hubieran efectuado*** *con destino al Sistema General de Salud y Pensiones, durante* ***los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.*** *El monto máximo en el caso del demandante, no podrá superar el valor de la condena a su favor.*
>
> *En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la* ***Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP****, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado."*

Segundo.- Condenar en **COSTAS** en esta instancia a la entidad demandada por ser la parte vencida en el proceso, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

Tercero.- Fijar como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $299.050,02, que corresponde al 2% de las pretensiones de la demanda.

Cuarto.- Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría **ENVÍESE** el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:

FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAMIRO FONSECA SABOGAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES
RADICADO: 150013333007-2015- 00189- 01

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE:	**GLADYS HAYDEE ROMERO DE NEIRA**
DEMANDADO:	**UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP**
RADICACIÓN No:	**150013333007201600005O1**

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra el fallo proferido en audiencia del 30 de septiembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora **GLADYS AYDEE ROMERO DE NEIRA** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP.**

II. ANTECEDENTES

2.1.- LA DEMANDA: por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora **GLADYS AYDEE ROMERO DE NEIRA,** solicitó que se declarara la nulidad parcial de las resolución No. PAP 043720 del 11 de marzo de 2011, mediante la cual la Entidad demandada reconoció a favor de la demandante una pensión de jubilación y la nulidad de las resoluciones Nos. RDP 033922 del 6 de noviembre de 2014, RDP 946 del 13 de enero de 2015 y RDP 4626 del 4 de febrero de 2015, mediante las cuales la Entidad demandada negó la reliquidación de tal prestación y confirmó tal

decisión al resolver los recursos de reposición y apelación respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordenara a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, reliquidar y pagar su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, el comprendido entre el 1º de enero de 2013 y el 30 de diciembre de ese mismo año; entre otras declaraciones y condenas.

Como fundamento de sus pretensiones el actor indicó que por haber cumplido los requisitos legales, la extinta CAJANAL le concedió una pensión de jubilación mediante la resolución No. PAP 043720 del 11 de marzo de 2011

Agregó que la Entidad demandada mediante la resolución No. RDP 6158 del 21 de febrero de 2014 reliquidó su mesada pensional.

Indicó que mediante apoderado solicitó a la Entidad demandada que reliquidara su pensión de jubilación con el promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, pues era beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993; no obstante la demandada negó tal pedimento y lo confirmó mediante los actos administrativos demandados (fl. 3-14).

2.2.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia proferida en audiencia llevada a cabo el 30 de septiembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, la Juez A quo manifestó que se encontraba probado que la demandante era beneficiario del régimen de transición previsto en artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto para el 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia dicha disposición, contaba con más de 35 años de edad, por lo que concluyó que le era aplicable la Ley 33 de 1985, no sólo para efectos

del tiempo de servicios y edad, sino para determinar el valor de su pensión.

De acuerdo con lo anterior, y con base en la Sentencia de Unificación de 04 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado bajo el Radicado interno No. 0112-09, el Juez de instancia dispuso que el demandante tenía derecho a que se le liquidara su pensión de jubilación tomando como base todos los factores que constituían salario y que devengó en el año anterior a su retiro del servicio, que lo fue del 30 de diciembre de 2012 al 30 de diciembre de 2013 es decir, con la asignación básica, incremento por antigüedad, sueldo por encargo, bonificación por servicios prestados, incentivo de localización, auxilio de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y quinquenio.

De otro lado declaró probada la excepción de prescripción y en tal virtud dispuso que las mesadas causadas con anterioridad al 24 de julio de 2011 se encontraban afectadas por este fenómeno.

Finalmente, dispuso que la UGPP debería descontar de los factores salariales cuya inclusión se ordenaba, los aportes correspondientes con destino a salud y pensión, siempre y cuando sobre estos no se hubiese efectuado deducción legal (fls. 193-204).

2.3.- *EL RECURSO DE APELACIÓN*.

a. Parte demandada

Inconforme con la decisión de primera instancia, **la apoderada de la entidad demandada** la impugnó oportunamente indicando que la demandante por reunir los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, era beneficiaria del régimen de transición, y por tanto, era viable reconocer su pensión de jubilación teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto establecido en el régimen anterior, esto es, el contenido en la Ley 33 de 1985, y que como el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es claro en establecer que las demás condiciones se rigen por lo estipulado en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, los factores sobre

los cuales ha de liquidarse la pensión corresponden a los mencionados por la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, como lo es el Decreto 1158 de 1994 modificado por el Decreto 691 de 1994, sin que en los mismos estén enunciados los pretendidos por el demandante por lo que no se pueden incluir en el IBL.

De otra parte, aseguró que la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 29 de abril de 2015, dejó establecido que para los cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sus liquidaciones pensionales se debían realizar con la edad, el tiempo de servicios y el monto establecido en el régimen anterior, sin que pudiera considerarse que el ingreso base de liquidación se calculara de la misma forma porque éste no fue un aspecto sometido a transición.

Finalmente solicitó que se revocara la decisión de condenar las costas a la demanda, pues indicó que durante el trámite procesal no mostró una actitud dilatoria o temeraria y además porque prosperaron parcialmente las pretensiones del demandante, en la medida que prosperó la excepción de prescripción (fl. 212-222).

b. Parte demandante

Se mostró inconforme con la decisión de declarar probada la excepción de prescripción, pues a su juicio no se configuraba. Adujo que tan solo a partir del 1º de enero de 2014 fue incluida en nómina de pensionados y se le pagó su primera mesada pensional, pues fue a partir de esta fecha que se retiró del servicio; por tanto, comoquiera que la pensión se paga por mesadas, la primera se materializó el 30 de enero de 2014, lo que a su juicio implica que cualquier reclamación sobre la reliquidación pensional prescribiría 3 años después, esto es el 30 de enero de 2017, fecha que para esa época, aún no había ocurrido.

Además que en todo caso, la finalización del procedimiento administrativo se dio con la resolución No. RDP 4626 del 4 de febrero de 2015, la que fuera notificada a la demandante el 31 de marzo de 2015, a partir de ese momento contaba con el plazo de 3 años para acudir a la Jurisdicción, lo cual ocurrió

el 19 de octubre de 2015, por tanto, a su juicio, no se presentaría la prescripción de las mesadas como se declaró en la sentencia recurrida (fl. 223-226).

2.4.- ALEGATOS DE CONCLUSION. En el término concedido para el efecto, los apoderados de las partes presentaron sendos escritos en los que reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de alzada (fl. 249-264 y 262-268).

Por su parte, la Agencia del Ministerio Público solicitó se confirmara la sentencia recurrida, esto es, acceder a la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante; para esto expuso las razones por las cuales consideraba debía seguirse dando cumplimiento a la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado en torno a la aplicabilidad de la sentencia de unificación de esa Corporación del 4 de agosto de 2010. Así conceptuó en el sentido de que al haberse acreditado que la demandante devengó todos los factores salariales que el Juez de primera instancia ordenó incluir en la base de liquidación pensional, debía accederse a ello (fl. 269-273).

III. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

En esta oportunidad la Sala entrará a determinar si la demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios prestados, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación tomando en cuenta sólo los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1995 y sobre los cuales se realizó aportes a pensión, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **(i)** Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado; **(ii)** Del alcance de la sentencias C-258 de 2013 y SU

- 230 de 29 de abril de 2015 y SU-427 de 2016 emitidas por la Corte Constitucional; **(iii)** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones; y **(iv)** Caso Concreto y condena en costas.

3.1. De los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36[1] de la Ley 100 de 1993, norma que permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años de edad y de las mujeres con más de 35 años de edad, o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), **se rigieran por el régimen anterior** en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas anteriores a la vigencia de la citada Ley 100, en el inciso 3º se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión.

---

[1] ***ARTICULO. 36.- Régimen de transición***. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

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

Frente a dicha contradicción, la jurisprudencia de Consejo de Estado[2] ha precisado que "*no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y* ***monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación****), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio".* (Resaltado fuera del texto).

Así entonces, de lo expuesto se colige que el **monto** de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación, se rige, para las personas amparadas por el régimen de transición, por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En efecto, el régimen pensional anterior al establecido en la Ley 100 de 1993 resulta ser el previsto en la ley 33 de 1985, aplicable a los

---

[2]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99, en los siguientes términos:

"(...) cuando la Ley empleó la palabra "monto", no fue para ***que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100***.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2° en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, ***que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2°.***" (Negrilla y subrayado fuer a del texto)

trabajadores del sector oficial, el cual en su artículo 1º consagra como regla general que tendrá derecho al reconocimiento y pago mensual de una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, el empleado que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años.

Por su parte, el artículo 3° de la ley 33, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, estableció que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante, el órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa en sentencia unificadora[3] proferida el 4 de agosto de 2010, adoptó la postura – aún vigente- en virtud de la cual, **la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**; tesis que se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso de las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías.

Acatando la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de unificación, resulta válido afirmar que todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de

[3] Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 25000-2325-000-2006-07509-01 (0112-2009), C.P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO.

prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

3.2 De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016 debe señalarse que sus consideraciones y efectos van dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes, -como lo es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado- son fuente de derecho, ostentan carácter vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad jurídica, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011[4] y C-816 de 2011[5], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

---

[4] "*11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.*[4] ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante***" (Negrilla fuera de texto)

[5] "*5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.* ***En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida***" (Subraya fuera de texto)

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[6], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
>
> *(...)*
>
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015,* ***no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa****; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*
>
> *(...)*
>
> *En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[7], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo*

[6] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

[7] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 2500023420002013-01541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016 proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social, disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[8], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.** Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se

[8] Exp. 4683-13

aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso base de liquidación** como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos y finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores salariales que se ordenan incluir en la base de liquidación pensional, a los efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Concejo de Estado, también lo es que Órgano Vértice de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[9].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

3.3. Caso concreto.

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. Jose Luis Barceló Camacho

Según consta en el plenario, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), el demandante tenía más de 35 años de edad (nació el 18 de octubre de 1953 fl. 27 vlto), circunstancia que conduce a concluir que al cumplir con uno de los requisitos previstos en el inciso 2º del artículo 36 de la mencionada codificación, es beneficiaria del régimen de transición allí previsto. En consecuencia, para efectos de determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 sin que sea procedente aplicar lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues como se indicó en el marco normativo de ésta providencia, se debe aplicar en su integridad la Ley 33 de 1985, y al haber unificado su jurisprudencia el Consejo de Estado, estableciendo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los empleados oficiales, todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio, entrará la Sala entonces a examinar qué factores devengó la demandante del 1º de enero al 31 de diciembre de 2013 (fl. 44).

En efecto, al revisar el certificado de factores salariales expedido por los Coordinadores de los grupos de gestión del Talento Humano y Financiera del Instituto Colombiano Agropecuario- ICA (fls. 50 vlto), se constata que la demandante durante el último año de servicio laborado devengó los siguientes factores salariales: **sueldo básico, incremento por antigüedad, sueldo por encargo, bonificación por servicios, incentivo de localización, prima de alimentación, auxilio de transporte prima de vacaciones, prima semestral prima de navidad y quinquenio.**

La extinta CAJANAL mediante la resolución No. PAP 043720 del 11 de marzo de 2011 reconoció a la demandante una pensión vitalicia de jubilación (documento 14 CD a folio 115).

Posteriormente, por medio de la resolución RDP 6158 del 21 de febrero de 2014, la extinta CANAJANAL reliquidó la pensión de jubilación reconocida a la demandante (fl. 60-61).

Ahora, al hacer la comparación de los factores salariales reconocidos por la entidad demandada y los devengados por la actora en el último año de servicios prestados (**1º de enero al 31 de diciembre de 2013)**, encuentra la Sala que en los actos administrativo de reliquidación pensional **NO** se tuvieron en cuenta los siguientes factores salariales: **incremento por antigüedad, sueldo por encargo, bonificación por servicios, incentivo de localización, prima de alimentación, auxilio de transporte prima de vacaciones, prima semestral prima de navidad y quinquenio.**

En este orden de ideas, concluye la Sala que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, -conforme lo expuesto en acápite anterior-, lo mismo que en acatamiento de mandatos Superiores y de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA, la pensión de jubilación reconocida a la demandante debe reliquidarse con la inclusión todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio, es decir, no solo con el sueldo básico **sino también con l incremento por antigüedad, sueldo por encargo, bonificación por servicios, incentivo de localización, prima de alimentación, auxilio de transporte prima de vacaciones, prima semestral prima de navidad y quinquenio** y con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2014, día siguiente al retiro definitivo del servicio.

- De la prescripción

Teniendo en cuenta que entre el **23 de marzo de 2011** fecha en que la demandante se notificó de la resolución No. PAP 43720 del 2011 mediante la cual se reconoció su pensión de jubilación (fl. 23) y el **24 de julio de 2014** fecha en que solicitó la reliquidación de su pensión (fl. 33), trascurrieron más de 3 años, forzoso resulta concluir que en el sub judice, las mesadas causadas con anterioridad al **24 de julio de 2011** se encuentran afectadas por el **fenómeno de la prescripción trienal**

previsto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[10], y 102 del Decreto 1848 de 1969[11], tal y como lo declaró la Juez de instancia.

3.4. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones:

En este punto, reiterando la postura que se ha venido adoptando por esta Sala de Decisión[12], se dispondrá que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **GLADYS AYDEE ROMERO DE NEIRA**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso del demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

3.5 Del carácter objetivo de la condena en costas y de la excepción prevista en el C.G.P.

---

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

[11] **Artículo 102°**.- Prescripción de acciones.
1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible:
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

[12] Ver entre otras, sentencias de 28 de junio de 2016 exp. 2013-732-00, Sentencia de 13 de septiembre de 2016 exp. No. 2013-674-00, y sentencia de 13 de septiembre de2016 exp. 2014-83-00, con ponencia del suscrito.

De otro lado, señala la recurrente que debe revocarse la condena en costas y agencias en derecho impuesta por la Juez de primera instancia, por cuanto la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha sido uniforme en señalar que ésta procede solamente cuando la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, actitud que asegura no ha existido por parte de la entidad demandada, aunado al hecho que prosperó la excepción de prescripción por ella propuesta.

En efecto, en lo que refiere a la condena en costas, hay que decir que se produce un importante cambio en relación con la regulación que venía operando en el proceso contencioso administrativo, sistema que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 171 del C.C.A, dependía de si la parte vencida en el proceso había actuado con temeridad o mala fe, es decir, se trataba de un sistema subjetivo, toda vez que la norma en mención disponía que la condena en costas se haría "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes". De acuerdo con lo previsto por el artículo 188 del C.P.A.C.A[13]., las costas se regulan mediante remisión al Código de Procedimiento Civil (Art. 392)[14], en virtud del cual el nuevo sistema es objetivo, pues recordemos que la regla general del estatuto procesal enseña que se condena en costas a la parte vencida en el proceso sin que sea necesario examinar el comportamiento procesal de la parte, salvo cuando se trate de procesos donde se ventile un interés público[15].

Ahora, teniendo en cuenta que las costas[16], comprenden, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho,**

[13]**C.P.A.C.A. Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en 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.

[14]**C. de P.C. Artículo 392.-** Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1° mod. 198. Modificado. Ley 794 de 2003, en art. 42. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:
1. Modificado. Ley 1395 de 2010, art. 19. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión, o anulación, que haya propuesto.
(...)
3. **En la sentencia se segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.**

[15]Benavides José Luis, "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 Comentado y Concordado, primera edición, Universidad Externado de Colombia, paginas. 418 y 419.

[16]Blanco Hernán, Procedimiento civil, tomo I. Dupré Editores, Bogotá Colombia 2005, pág. 1022. "las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho, ósea el pago de los honorarios de abogados que la parte ganancios a efectuó**, y a la que le deben ser reintegradas." [16]

entendidas como los gastos de apoderamiento en que ha incurrido el demandante aun cuando hubiese litigado personalmente, resulta procedente su fijación conforme lo prescribe el artículo 365 del C.G.P, acudiendo para ello a lo establecido en el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En este orden de ideas, y examinando la determinación adoptada por el Juez de primera instancia en la providencia recurrida, observa la Sala que las pretensiones prosperaron parcialmente y por ello, la Juez de instancia, facultada por lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del CGP, pronunció condena parcial en contra de la demandada, al fijarle el pago de las agencias en derecho únicamente (fl. 202 vlto), razón por la cual considera la Sala que la decisión adoptada por la Juez de instancia al respecto resulta acertada y en consecuencia se confirmará.

IV. COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a las recurrentes, pues si bien los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por la parte demandada resultaron desfavorables y en el expediente se demostró que en esta instancia se causaron, -pues ambas partes presentaron alegatos de conclusión-, lo cierto es que ninguna de las partes resultó vencedora en sus recursos y por tanto la condena en costas no favorecería a ninguna de las partes, conforme lo señalado por la Corte Constitucional, al definir la naturaleza jurídica de esa institución, así[17]:

> *"Al respecto, la Corte ha entendido que las costas procesales son aquellos gastos en que incurre una parte por razón del proceso[18]. Esa noción comprende tanto las expensas como las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los aranceles, entre otros[19]. Las agencias en derecho*

---

[17] Sentencia T-625 de 2016
[18] Sentencia C-043 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).
[19] El artículo 364 del Código General del Proceso establece estas reglas para el pago de expensas y honorarios distintos a los del abogado:
"Artículo 364. Pago de expensas y honorarios.

El pago de expensas y honorarios se sujetará a las reglas siguientes:

1. Cada parte deberá pagar los gastos y honorarios que se causen en la práctica de las diligencias y pruebas que solicite, y contribuir a prorrata al pago de los que sean comunes. Los de las pruebas que se decreten de oficio se rigen por lo dispuesto en el artículo 169.

corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, ***que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el artículo 366 del Código General del Proceso***[20]*, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado*[21]*"* (Negrilla fuera de texto).

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmado, pero se **MODIFICARÁ** el numeral 9º de la parte resolutiva en el sentido de ordenar que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, se efectúen los descuentos de los aportes al Sistema General de en Pensiones durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia del 30 de septiembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la

---

2. Los honorarios de los peritos serán de cargo de la parte que solicitó la prueba.

3. Cuando se practique una diligencia fuera del despacho judicial, en los gastos que ocasione se incluirán el transporte, la alimentación y el alojamiento del personal que intervenga en ella.

4. Las expensas por expedición de copias serán de cargo de quien las solicite; pero las agregaciones que otra parte exija serán pagadas por esta dentro de la ejecutoria del auto que las decrete, y si así no lo hiciere el secretario prescindirá de la adición y dejará constancia de ello en el expediente.

5. Si una parte abona lo que otra debe pagar por concepto de gastos u honorarios, podrá solicitar que se ordene el correspondiente reembolso."

[20] *"C.P.C. Artículo 393. ...*
3. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá además en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.
Sólo podrá reclamarse la fijación de agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas."
[21] Cf. Sentencia C-539 de 1999, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

demanda. Excepto el numeral 9ª de la parte resolutiva que se **MODIFICARÁ** así:

> ***"NOVENO:*** *De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora* ***GLADYS AYDEE ROMERO DE NEIRA****, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP, deberá realizar los descuentos* ***que no se hubieran efectuado*** *con destino al Sistema General de Salud y Pensiones, durante* ***los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.*** *El monto máximo en el caso del demandante, no podrá superar el valor de la condena a su favor.*
>
> *En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la* ***Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP****, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado."*

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: Dr. FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE:	**JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ**
DEMANDADO:	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**
RADICADO:	**150013333007 2016- 00041- 01**

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el fallo de fecha once (11) de octubre de dos mil dieciséis (2016), proferido por el Juzgado Séptimo (7º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el que se negaron las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor **JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL.**

II. ANTECEDENTES

***2.1.- LA DEMANDA*:** Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 2013- 45653 de 23 de agosto de 2013, suscrito por el Subdirector de Prestaciones Sociales de

la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se le negó el reajuste, liquidación y pago de su asignación de retiro teniendo en cuenta el reajuste de la prima de actividad, de conformidad con los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, los Decretos 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, y 187 de 2014, dando aplicación al principio de oscilación conforme al artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, del 37.5% al 49.5% en el monto de su asignación de retiro, y la inclusión y reliquidación de la doceava parte de la prima de navidad en el porcentaje legal a la partida computable de Prima de Actividad.

A título de restablecimiento de derecho, pretende que se condene a la entidad demandada a **i)** reajustar, liquidar y pagar a la actora la prima de actividad del 37.5% al 49.5% como factor computable en la Asignac ón de Retiro a favor del actor, a partir del 1º de julio de 2007, **ii)** que se incluya y reliquide la doceava parte de la prima de navidad teniendo en cuenta el incremento de la prima de actividad, partida computable de la asignación de retiro; **iii)** se pague la diferencia entre lo que se canceló y debió cancelarse como consecuencia del reajuste que se ordene desde el 1º de julio de 2007, y hacia el futuro por efecto de la recomposición de la base pensional debidamente actualizada, conforme al artículo 187 del CPACA; **iv)** se condene en costas a la entidad demandada y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

Como fundamento de sus pretensiones, el libelista afirmó que el señor JORGE ENRIQUE MOLANO HERNANDEZ prestó sus servicios en el Ejército Nacional y por el cumplimiento de los requisitos legales, el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció, mediante Resolución No. 1657 de 15 de julio de 2004, una asignación de retiro a partir del 15 de julio de 2004, no obstante, que en su condición de músico solicitó al Comando del Ejército la elaboración de su hoja de servicios, y ante la negativa de su súplica demandó ante el H. Consejo de Estado logrando que mediante sentencia de 23 de marzo de 2004, se ordenara la elaboración de dicho documento.

Que la Dirección de Personal del Ejército Nacional expidió la hoja de servicios No. 52 de 9 de febrero de 2007, en la que se señaló que al interesado le corresponde una prima de actividad equivalente al 25%, luego por Resolución No. 1392 de 10 de mayo de 2007, CREMIL le reconoció una asignación de retiro en cuantía del 74%, y mediante Resolución No. 005 de 2008, se ordenó el pago de dicha prestación una vez fuera extinguida la pensión de jubilación que tenía a su favor, y a partir del 1º de julio de 2007, la prima de actividad que le fue reconocida en cuantía del 25% le fue reajustada al 37.5%, como consta en el desprendible de pago allegado con la demanda.

Adicionalmente, señaló que solicitó a CREMIL el reajuste de la asignación de retiro del 37.5% al 49.5%, con fundamento en los artículo 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 y art. 42 de Decreto 4433 de 2004, petición que le fue resuelta negativamente por oficio No. 2013-045653 de 23 de agosto de 2013. (fls. 2-12)

2.2.- *PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA*: La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que con ocasión de la expedición del Decreto 2863 de julio de 2007, que dispuso el incremento de la partida de prima de actividad en el 50% del porcentaje que venía siendo liquidada, se efectuó el reajuste de la citada partida y a partir del mes de julio la actora devenga una prima de actividad del 37.5%.

Argumentó que al actor le resultan aplicables las disposiciones del Decreto Ley 1211 de 1990, como quiera que su asignación de retiro le fue reconocida mediante Resolución No. 1392 de 10 de mayo de 2007, y por tal razón, no puede pretender la aplicación de normas posteriores. Afirma que con fundamento en el tiempo se servicio acreditado por el Sargento Segundo MOLANO HERNÁNDEZ (21 años, 10 meses y 27 días), que la entidad le reconoció el 25% por concepto de prima de actividad, la cual fue incluida como partida computable dentro de su asignación de retiro, tal como dispuso el artículo 159 del citado Decreto, porcentaje que devengó hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con el cual se

incrementó dicho porcentaje en un 50% quedando en el 37.5, razón por la que afirma que la demanda carece de fundamento.

Finalmente, aseguró que con la expedición del Decreto 4433 del 30 de diciembre de 2004, reglamentario de la Ley 923 de 2004, no se efectuó ningún tipo de modificación a prestaciones ya reconocidas o derechos consolidados, y que dichas normas sólo pueden aplicarse a las prestaciones reconocidas bajo su vigencia.

Propuso como excepción la que denominó como "*no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*". (fls. 44-50)

2.3.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia proferida en audiencia inicial el día once (11) de octubre de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que decidió negar las pretensiones de la demanda. Para llegar a tal conclusión, la Juez de instancia señaló que, como quiera que se encuentra probado que, al demandante le fue reconocida su asignación de retiro mediante la Resolución No. 1392 de 10 de mayo de 2007, efectiva a partir del 20 de febrero de 2004, conforme al Decreto 1211 de 1990, y demás normas legales vigentes para la época en que el actor adquirió el derecho, y en vista que la vigencia de la Ley 923 de 2004, inició desde el 30 de diciembre de 2004, fecha en la que la asignación de retiro del actor ya había sido consolidada y reconocida, no puede dársele aplicación a su caso particular beneficiándolo con el reajuste de la prima de actividad.

Agregó que el actor al encontrarse retirado del servicio no puede pretender devengar el porcentaje de la prima de actividad establecida para el personal en servicio activo, pues para quienes se encuentren en actividad les es aplicable el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, equivalente al 33% del sueldo básico y se aumenta en un 5% por cada cinco años de servicio cumplido, en tanto que para el personal retirado, lo regula el artículo 159 del mismo Decreto, en un porcentaje menor que oscila entre el 15% y 33%, lo que a su juicio se justifica razonablemente por tratarse de situaciones distintas, y al evidenciar que por parte de la encartada se está sufragando a

favor del accionante como partida de liquidación de la asignación de retiro, el 37.5% correspondiente a la partida de prima de actividad, conforme a lo establecido por el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, no le asiste razón al actor y por ende era lo propio declarar la improsperidad de las pretensiones de la demanda. (fls. 133-142)

2.4.- EL RECURSO DE APELACIÓN: Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante la impugnó oportunamente, indicando que el Gobierno Nacional dispuso en un principio el reajuste de la prima de actividad en un 50% con el Decreto 2863 de 2007, pero a partir del año 2008 señaló en cada uno de los Decretos de aumentos salariales del personal uniformado y civil del Ministerio de Defensa, que el porcentaje de la prima de actividad sería del 49.5%, derogando así el artículo 1º del Decreto 2863 y dejando vigente el artículo 4º, que dispone que el personal retirado con asignación de retiro obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste la Prima de Actividad en el mismo porcentaje en que se haya ajustado al activo. Afirma que la entidad demandada dio cumplimiento de manera equivocada al reajuste del porcentaje de la prima de actividad establecido en el Decreto 2863 de 2007, porque al 25% que venía percibiendo el actor por concepto de prima de actividad, se le aumentó un 12.5%, quedando en un 37.5%, lo que no es el correcto, porque le faltaría un 12.5%, para completar el porcentaje total que consagra la norma.

Por último, refiere que en la sentencia impugnada se ha dado una interpretación errónea a las normas que reajustaron la prima de actividad tanto para activos como para retirados, en vista que en su parecer el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, es claro y preciso, al señalar que a favor de los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares y Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, obtenidas antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente. (fls. 143-147)

2.5 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA. La impugnación se admitió por auto de 11 de septiembre de 2014 (fl. 116), y por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., se ordenó por medio de auto de fecha 07 de octubre de 2014, correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público para que, si a bien lo consideraba, emitiera su concepto (fl. 122).

2.5.1 *Alegatos en segunda instancia*: El apoderado de la demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, adicionando que la liquidación y computo de la prima de actividad para oficiales y suboficiales retirados con asignación de retiro o pensión antes del 1º de julio de 2007, les debe ser reajustada dicha prima en el mismo porcentaje en se ajustó al personal en actividad, sin que la norma haya señalado que el reajuste sea del 50% sobre el porcentaje que venía percibiendo el personal activo, además, afirmó que los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, derogaron de manera expresa los artículos 84, 158 y 159 del Decreto 1211 de 1990, por lo que el personal activo de las FF.MM. y Policía Nacional así como el personal civil, se encuentran percibiendo la prima de actividad en un 49.5% sin tener en cuenta el tiempo servido en la respectiva fuerza.

El Agente del **Ministerio Público** rindió concepto, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en vista que según el principio de oscilación previsto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro reconocida al Sargento Segundo Jorge Enrique Molano Hernández, debe ajustarse al mismo porcentaje en que se haya ajustado al personal activo, correspondiente al incremento establecido en el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que trata el Decreto Ley 1211 de 1990, entre otros.

Para arribar a dicha conclusión, adujo que teniendo en cuenta que el derecho de petición mediante el cual se solicitó el reajuste de la prima de actividad en su asignación de retiro del 37.5% al 49.5% mediante escrito fechado el 12 de agosto de 2013 (fl. 15), ostentando el derecho al reajuste

en un 41.5%, y no lo reconocido por la entidad accionada, siendo procedente acceder al pago de las diferencias entre las mesadas a partir del 12 de agosto de 2009, en vista que las anteriores se encuentran prescritas de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990. (fls. 162-169)

La **entidad accionada** guardó silencio en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1.- El problema jurídico

En esta oportunidad, le corresponde a la Sala determinar si el señor JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ tiene derecho a que se reajuste el porcentaje de la prima de actividad que viene percibiendo, y a que se le reliquide la asignación de retiro que le fue reconocida en calidad de Sargento Segundo retirado del Ejército Nacional.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala realizará un breve recuento normativo sobre la prima de actividad para luego analizar si debe prosperar o no el recurso de apelación, objeto del presente pronunciamiento.

3.2. Recuento Normativo sobre la prima de actividad.

La prima de actividad fue creada por la Ley 131 de 1961, en favor de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de policía nacional en servicio activo. Allí se disponía que la misma no era computable con las asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales. Luego, para la época en que el Sargento Segundo JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ fue retirado del servicio[1] estaba en vigencia el Decreto 1211 de 1990, cuyo artículo 159 dispuso que el cómputo de la prima de actividad para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), sería del veinticinco por ciento (25%).

[1] Se le reconoce asignación de retiro mediante Resolución No. 1392 de 10 de mayo de 2007, con efectos fiscales a partir de la fecha en que se declarara extinguida la pensión de jubilación que se le había reconocido a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, por renuncia expresa del titular de la misma. (fls. 17-20).

Ahora, en cuanto al reconocimiento de la prima de actividad de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, el artículo 84 *ibídem*, dispuso lo siguiente:

> *"ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al* ***treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico****".*

En la década siguiente, se expidió la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, que señaló las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, indicando en el numeral 2.1 del artículo 2º que *"se conservarán y respetarán los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada en vigencia de las normas que se expidan en desarrollo de la misma"*. Con fundamento en dicha ley, el artículo 13 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004[2] dispuso que la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares se liquidará, entre otras partidas, con la prima de actividad, y en los artículos 14 y 15 determinó los porcentajes para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales, suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo **que a la entrada en vigencia del Decreto en mención sean retirados**.

Entonces, de conformidad con el marco normativo precitado, infiere la Sala que, desde su creación, la prima de actividad fue concebida como una prestación que devengarían los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente, se convirtió en factor de liquidación de la asignación mensual de retiro, según los porcentajes devengados en servicio activo. De igual forma, es necesario precisar que los Decretos proferidos con posterioridad al Decreto 1211 de 1990, son claros en

[2]Decreto 4433 de 2004 **ARTÍCULO 23**. Partidas computables.
La asignación de retiro, lo pensión de invalidez y la pensión de sobre vivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes
23.1.1 Sueldo básico.
23.1 2 Prima de actividad.

señalar que sus disposiciones serían aplicables a aquellos miembros de las Fuerzas Militares que hayan ingresado a partir de la vigencia de los mismos o que se encuentren en servicio activo a la entrada en vigencia y sean retirados.

Ahora bien, para la Sala es claro que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, tan sólo reiteró que la prima de actividad constituía un factor para la liquidación de la asignación de retiro, sin que allí se estableciera alguna variación porcentual para su inclusión en dicha asignación, razón por la cual, puede afirmarse que para tales efectos seguía en vigencia lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990. Del mismo modo, con anterioridad a éste último, a quienes habían obtenido el reconocimiento de la asignación de retiro se les debía aplicar la normatividad bajo cuya vigencia el respectivo oficial y suboficial había alcanzado el reconocimiento de dicha prestación.

En este orden de ideas, es preciso traer a colación las sentencias C-434 de 2003 y C-924 de 2005, en las cuales se examinó el derecho a la pensión de invalidez, toda vez que la situación jurídica allí esbozada se ajusta al caso *sub exámine*, en razón a que las pretensiones del actor se encuentran encaminadas a obtener la reliquidación de la asignación mensual de retiro de acuerdo con el incremento de la prima de actividad en el 49.5% del sueldo básico para su grado, de conformidad con lo dispuesto por los Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, 2863 de 2007, entre otros.

En efecto, en la primera de las referidas providencias, la Corte precisó que no se da la supuesta vulneración del derecho fundamental de igualdad y que simplemente se está ante supuestos fácticos ocurridos en tiempos diferentes y sometidos a regímenes jurídicos también distintos, siendo claro que cada uno de esos supuestos debía y debe regirse por el régimen jurídico vigente y aplicable al tiempo de su ocurrencia. La segunda se refiere a los alcances de la Ley 923 de 2004[3], precisando que el momento

[3] Corte Constitucional, Sentencia C-924 de 2005 "...La inconstitucionalidad que se propone por el actor se orienta a que se declare que, por un imperativo del principio constitucional de igualdad, los integrantes de la fuerza pública o sus beneficiarios cuya situación jurídica estaba vinculada al régimen pensional previo a la Ley 923 de 2004, tienen derecho de acceder a la pensión en las condiciones en ella previstas. Sin embargo esa apreciación es equivocada, puesto que entre los dos conjuntos de sujetos entre los cuales se plantea la comparación hay una diferencia en las circunstancias fácticas que tiene consecuencias jurídicas. El momento en el que ocurren los hechos que dan lugar a la pensión es determinante del régimen jurídico aplicable.

en el que ocurren los hechos que dan lugar a la pensión es determinante del régimen jurídico aplicable, habida cuenta que la nueva ley rige hacia el futuro y se aplica a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, sin que se afecten las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad. Por consiguiente, no puede predicarse la igualdad de condiciones jurídicas entre sujetos sometidos a regímenes pensionales distintos.

Síguese de ello que, aunque las precitadas sentencias examinan el derecho pensional por invalidez, también se aplican al sub judice, en razón a que su *ratio decidendi* se ajusta a las pretensiones de la demanda que dio origen a este proceso, puesto que en el momento en que la entidad demandada reconoció al actor su asignación de retiro existía una normatividad que regulaba las partidas computables, dentro de las cuales se incluía la prima de actividad en los respectivos porcentajes que allí se contemplaron.

Posterior a todo ello, se profirió el Decreto 2863 de 2007, que en su artículo 2° dispuso lo siguiente:

> *"Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:* ***Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.***
>
> *Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)".* (Negrillas fuera del texto)

Se trata, por consiguiente, de conjuntos de sujetos sometidos a regímenes jurídicos distintos y cuya situación, en cada caso, debe resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente. **Quienes con anterioridad a la promulgación de la Ley 923 de 2004** hubiesen perdido parcialmente su capacidad laboral por actos de misión del servicio o en simple actividad, **tenían, para el momento en el que la nueva ley empezó a regir, una situación jurídica consolidada, la cual no puede verse afectada por leyes posteriores. En principio ello significa que tal situación no puede ser desconocida ni desmejorada por la nueva normatividad, pero también que quienes se encuentren en ella no acceden a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos.** Esto es, la nueva ley rige hacia el futuro y se aplica a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, sin que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad se vean afectadas por la misma. Por consiguiente, no puede predicarse la igualdad de condiciones jurídicas entre sujetos sometidos a regímenes pensionales distintos (...)". (Resaltado fuera del texto).

Por su parte, el artículo 4° estableció:

> *"En virtud del* ***principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007****".*
>
> *Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones".*(Negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, de acuerdo a este último Decreto el porcentaje de la prima de actividad del personal en servicio activo sería incrementado en un 50% y, en virtud del principio de oscilación, también los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro tenían derecho que se les ajustara la mencionada en prima en el mismo porcentaje en que se haya ajustado la del activo correspondiente.

Al respecto, es criterio de la Corporación que tanto las asignaciones de retiro como las pensiones de los Oficiales y Suboficiales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales. De manera que el mencionado principio de oscilación no afecta los factores de liquidación de las prestaciones sociales, sino que atina a que la asignación básica del personal en actividad sea sustento para el reajuste de la asignación de retiro.

Por último, los Decretos proferidos recientemente como el 673 de 2008, el 787 de 2009, el 1530 de 2010 y el 1050 de 2011, en los que el accionante fundamenta sus pretensiones, establecían que la mencionada prima sería del 49.5% para el personal en servicio activo.

3.3 *Solución al caso concreto.*

3.3.1 De lo probado en el proceso.

- Mediante Resolución No. 1392 de 10 de mayo de 2007, se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al Sargento Segundo JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ en cuantía del 74% del sueldo de actividad correspondiente a su grado en todo tiempo incluyendo dentro de la liquidación las partidas computables de acuerdo con la ley, quedando supeditado su pago a partir de la fecha en que sea extinguida la pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, por renuncia expresa titular de la misma. (fls. 17 a 20)

- A través de la Resolución No. 005 de 2 de enero de 2008, expedida por CREMIL, se adicionó la Resolución No. 1392 de 10 de mayo de 2007, y se estableció como fecha para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del señor MOLANO HERNÁNDEZ, la del 20 de febrero de 2004, por haberse cumplido la condición prevista en el artículo 2º de la Resolución No. 1392 de 2007. (fls. 24-25)

- Según la hoja de servicios del actor, elaborada el 9 de febrero de 2007 por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, éste prestó sus servicios a dicha entidad por un lapso de 21 años, 10 meses y 27 días, siendo liquidada su asignación de retiro con un porcentaje de prima de actividad del 33%. (fl. 22)

- De acuerdo con el comprobante de pago de 31 de diciembre de 2015, como partidas computables de la asignación de retiro se encontraban a favor del demandante: prima de actividad 37.5%,

prima de antigüedad 21%, subsidio familiar 35%, doceava parte de la prima de navidad $180.315. (fl. 23)

- Mediante Resolución No. 0253 de 2007, el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional aprobó la hoja de servicios del señor JORGE MOLANO HERNÁNDEZ, asimilándolo al grado de Sargento Segundo, única y exclusivamente para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. (fl. 99)

- Para la liquidación de su asignación de retiro se tuvieron en cuenta las partidas determinadas en los artículos 158 y 163 del Decreto Ley 1211 de 1990 y en el Decreto 745 de 2002.

- Mediante petición presentada a la entidad demandada el día 12 de agosto de 2013, el demandante a través de mandatario solicitó el reajuste de la prima de actividad del 37.5% al 49.5% como factor computable en su asignación de retiro, a partir del 1º de julio de 2007; así, como el pago indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas ya canceladas por concepto de la asignación de retiro, desde el mes de enero de 2008, hasta la fecha que sea reconocida, de conformidad con lo señalado en la Ley 923 de 2004 y los Decretos 4433 de 2004, 2863 de 2007, y artículos 5 y 6 del C.C.A. (fls. 15-16)

- Por medio del oficio No. 0045653 de fecha 23 de agosto de 2013, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reajuste de la prima de actividad, argumentando que el porcentaje reconocido al Sargento Segundo JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ se ajustó a la ley vigente al momento de su retiro y teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado a las Fuerzas Militares. Así mismo, que de conformidad con el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, el porcentaje de dicha prima se está liquidando con el porcentaje más el 50% que da como resultado un porcentaje en la prima de actividad del 0%, el cual le viene siendo liquidado y pagando dentro de su asignación de retiro, a partir del 1º de julio de 2007. (fl. 14)

La Sala anticipa que revocará la sentencia impugnada por las siguientes razones:

El régimen jurídico aplicable a la situación del Sargento Segundo en retiro, JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ era el que se encontraba vigente al momento en que obtuvo el reconocimiento de su asignación de retiro, esto es, el Decreto Ley 1211 de 1990 que establecía en su artículo 159 que el cómputo de la prima de actividad sería del 25% para personal con más de 20 años de servicio, pero menos de 25, porcentaje que le fue reconocido en su asignación de retiro, tal como se observa en la Resolución No. 1392 de 10 de mayo de 2007.

Sin embargo, debe precisarse que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro previsto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro reconocida al actor, debe ajustarse en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente por razón del incremento establecido en el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, en el que se dispuso incrementar en un cincuenta por ciento (50%), a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que trata, entre otros, el Decreto Ley 1211 de 1990.

Así entonces, y como quiera que el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, establecía que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares **en servicio activo, tendrían derecho a una prima mensual de actividad equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico**; **en virtud del principio de oscilación**[4], el reajuste de la prima de actividad reconocida en la pensión del actor, debe hacerse tomando como base el mencionado porcentaje, bajo el cual le fue ajustada la citada partida a quienes se encuentran en servicio activo. En consecuencia, al aplicar el 50% que establece el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, al antedicho 33%, nos arroja el 16.5%, porcentaje que al ser sumado con el 25% que le fue reconocido en la asignación de retiro del señor MOLANO

[4] **Decreto 4433 de 2004 ARTICULO 42.** Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

HERNÁNDEZ, por concepto de prima de actividad, nos da como resultado el **41.5%,** siendo éste el porcentaje con el que se debe reajustar la prima de actividad reconocida en la pensión de beneficiarios de la actora, a partir del 1º de julio de 2007, y no el con el 37.5% como lo ha venido haciendo la entidad demandada, razón por la que se revocará la sentencia de primera instancia.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el señor JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ, realizó la solicitud de reajuste de la prima de actividad en su asignación de retiro del 37.5% al 49.5% mediante escrito fechado el día 12 de agosto de 2013 (fls. 15-16), el término de prescripción de la diferencia entre las mesadas de la asignación de retiro inicialmente reconocida y el valor de las mesadas que se deberán reconocer de conformidad con lo ordenado en esta providencia, se pagarán a partir del **12 de agosto de 2009**, puesto que las anteriores a esa fecha se encuentran prescritas de conformidad con lo previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

En este orden de ideas, la Sala concluye que la entidad demandada deberá reajustar la partida de la prima de actividad que se le viene reconociendo en la asignación de retiro, en un porcentaje del 41.5%, a partir del 1º de julio de 2007, pero con efectos fiscales a partir del 12 de agosto de 2009, por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

Las sumas que resulten a favor del demandante deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la fórmula que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, y que tiene por objeto traer a valor presente las diferencias que dejó de percibir la demandante, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria.

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará mes por mes, para cada asignación salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el numeral 4 del artículo 195 del CPACA.

Ahora bien, con respecto a la pretensión destinada a la inclusión y reliquidación de la doceava parte de la prima de navidad teniendo en cuenta el incremento de la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro, la misma no será despachada favorablemente en vista que como se colige del contenido de la solicitud radicada el 12 de agosto de 2013, visible a folios 15 y 16 del expediente, la misma no fue puesta en consideración de la entidad demandada en sede administrativa, por tanto, no pudo ser objeto de pronunciamiento al interior del acto acusado, y llegar a considerar lo contrario, atentaría contra los derechos de defensa y contradicción del extremo pasivo del litigio quien participó de manera activa a lo largo del decurso procesal, en consecuencia, se negarán las demás pretensiones de la demanda.

Finalmente, se dará cumplimiento a la sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el artículo 192 del CPACA.

3.4. Costas Procesales.

Finalmente, la Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por ser la parte vencida en el proceso, siempre y cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.[5] Corresponderá conforme a lo dispuesto en el Código General del Proceso[6] a la Secretaría del Juzgado

5 Código General del Proceso. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quién se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.(...).

(...)
8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

6 Artículo 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

"Artículo 40. **Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.**

que conoció la primera instancia[7] proceder a la liquidación de las costas, que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso. Se fijan como agencias en derecho a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la suma de $217.328,52 pesos que corresponde al 2% de las pretensiones de la demanda ($10.866.426,oo fl. 11), ello, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el once (11) de octubre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Declarar la **NULIDAD** del oficio No. 2013-45653 de 23 de agosto de 2013, proferido por la Subdirección de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, a través de la cual se le negó al señor **JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ** el reajuste, reliquidación y pago de la PRIMA DE ACTIVIDAD en su asignación de retiro.

Tercero.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL** a **REAJUSTAR** en un 41.5% el porcentaje de la prima de actividad que se le viene reconociendo en la

---

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.
La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad" (Subrayado fuera de texto).

7 Artículo 366. Liquidación. **Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera** o única instancia, **inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior**, con sujeción a las siguientes reglas:
(...) Subrayado fuera de texto.

asignación de retiro al señor **JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.765.381 de Tunja, a partir del 1º de julio de 2007, como fecha establecida en el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007.

Cuarto.- Condenar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL, a pagar al señor **JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ**, el valor de la diferencia en las mesadas de la asignación de retiro dejadas de cancelar, con efectos fiscales a partir del doce (12) de agosto de dos mil nueve (2009), por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción, cifras que serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Quinto.- La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL** dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 de la Ley 1437 de 2011, y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 *ibídem*.

Sexto.- Condenar en costas en esta instancia a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL. Procédase a su liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

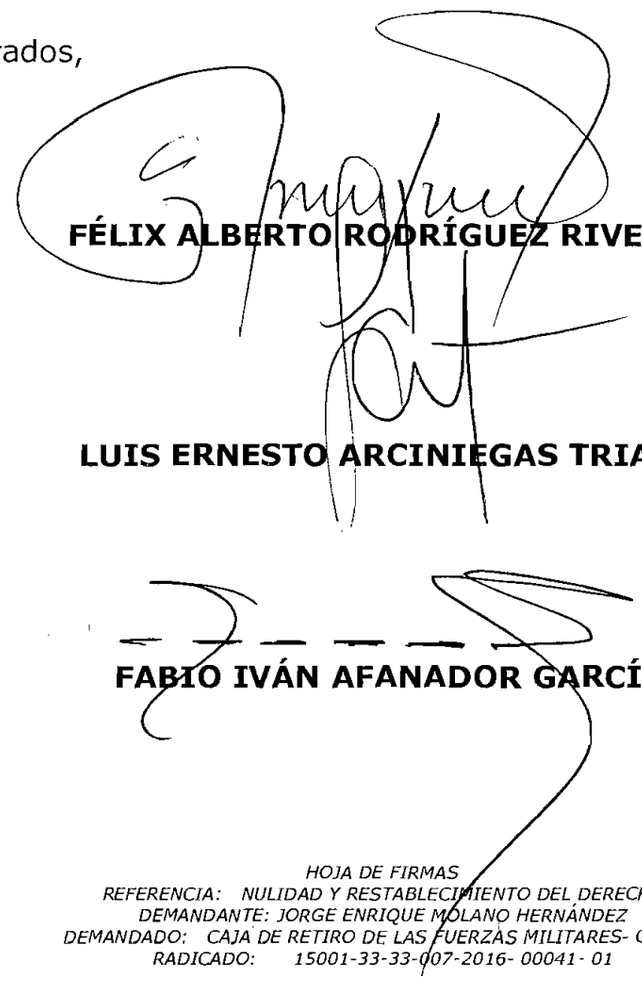
Séptimo.- Fijar como agencias en derecho a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la suma de $217.328,52 pesos que corresponden al 2% de las pretensiones de la demanda.

Octavo.- Una vez en firme la presente providencia, por secretaría **ENVÍESE** el expediente al despacho de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

HOJA DE FIRMAS
REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE MOLANO HERNÁNDEZ
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
RADICADO: 15001-33-33-007-2016- 00041- 01

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***José Silverio Guerrero Romero***
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15001 3333 007 ***2016 00094*** *01*

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 172 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 30 de agosto de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir*** *de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

SMm

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 2

Tunja,

Medio de Control	:	**Ejecutivo**
Demandante	:	**Fredy Wilson Díaz Condía y Otros**
Demandado	:	**Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**
Expediente	:	**15001-33-33-007-2016-00138-01**

Magistrado Ponente : **Luis Ernesto Arciniegas Triana**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 17 de marzo de 2017, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante el cual rechazó la demanda ejecutiva por caducidad.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Los señores Sandra Milena Díaz Condía, María Luisa Condía Alvarado, Diana Mercedes Díaz Condía y Fredy Wilson Díaz Condía a través de su apoderado, pretenden se libre mandamiento ejecutivo de pago a su favor, por la suma de **trescientos noventa y uno millones seiscientos dieciséis mil novecientos catorce pesos con treinta y uno centavos m/cte (391.616.914,31)** por concepto del saldo faltante por pagar por parte de la entidad aquí ejecutada.

Como título ejecutivo invoca la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá de fecha **14 de septiembre de 1994** y del Consejo de Estado en segunda instancia de fecha **26 de febrero de 1996,** mediante las cuales se declaró responsable a la Nación – Ministerio de

Defensa – Policía Nacional por los perjuicios causados por la muerte de los señores José Alcides Díaz y Robinson Alcides Díaz.

II. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue repartida al Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja, despacho que mediante auto del 17 de marzo de 2017 resolvió rechazar la demanda ejecutiva por configurarse el fenómeno jurídico de la caducidad.

III. PROVIDENCIA APELADA

Mediante el proveído del 17 de marzo de 2017 la jueza a-quo rechazó la demanda por caducidad, al considerar que la sentencia base de ejecución cobró ejecutoria el día 8 de marzo de 1996, siendo aplicable el artículo 117 del C.C.A., precepto que otorgaba el plazo de 18 meses para la efectividad de la condena.

Adujo que al quedar ejecutoriada la sentencia en esa fecha, el término para hacer exigible la obligación corrió entre el 11 de marzo de 1996 –día hábil siguiente, al 11 de septiembre de 1997, fecha de vencimiento de los 18 meses, y de esta fecha, los diez (10) años previstos en el artículo 2536 del Código Civil, implican que la parte ejecutante tenía hasta el 11 de septiembre de 2007 para presentar la demanda ejecutiva, por lo que al haberla presentado hasta el 15 de septiembre de 2016 se configuró la caducidad del medio de control.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presenta recurso de apelación contra el auto que rechazó la demanda, y sostiene que si bien es cierto la sentencia quedó ejecutoriada en la fecha indicada por el a quo, debe considerarse que la fecha de entrega o expedición de esa constancia fue el 8 de julio de 2013.

Sostiene que el proceso fué objeto de mora en diversos aspectos, y cita a manera de ejemplo que el recurso de súplica demoró 9 años, en apelación de 2 a 3 años y además que tuvo tres (3) apelaciones.

Adujo que esa mora en el despacho interrumpe la prescripción y la caducidad y que de conformidad con el artículo 90 del C.G.P. la demanda debe admitirse dentro del término allí consagrado y que en el presente asunto hubo mora de 182 días para preferir el auto que recurre.

Finalmente allega copia del historial del proceso que originó la ejecución para demostrar que la acción no está caduca.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala en sede de apelación determinar si en el presente caso opera el fenómeno jurídico de la caducidad, como quiera que la sentencia base de ejecución fué proferida en vigencia del Decreto 01 de 1984.

Para establecer si la demanda en referencia se presentó dentro del plazo legal, estudiaremos la normativa aplicable, procedibilidad del recurso y los términos de caducidad, para finalmente verificar si hay lugar a la interrupción que alega el apelante como quiera que sostiene que la constancia de la ejecutoria de la sentencia fué expedida el 8 de julio de 2013.

1. Normatividad aplicable al caso.

La Ley 1437 de 2011, no contempla un procedimiento especial para efectos del trámite del proceso ejecutivo; por eso en virtud del artículo 308 ídem, debe acudirse al Código de Procedimiento Civil.

Ahora, como el 1° de enero de 2014[1], entró en vigencia el Código General del Proceso, las normas aplicables al presente asunto, son las de este ordenamiento procesal.

Comoquiera que la demanda ejecutiva fue presentada el 15 de septiembre de 2016 (fl. 50), deben aplicarse para su trámite las normas del Código General del Proceso.

2. Procedibilidad del recurso de apelación y su trámite

Debe la Sala precisar que de conformidad con lo establecido en el artículo 438 del C.G.P., los recursos procedentes contra el mandamiento de pago, son los siguientes:

> **"ARTÍCULO 438. RECURSOS CONTRA EL MANDAMIENTO EJECUTIVO. El mandamiento ejecutivo no es apelable**; **el auto que lo niegue total** o parcialmente y el que por vía de reposición lo revoque, **lo será en el suspensivo**. Los recursos de reposición contra el mandamiento ejecutivo se tramitarán y resolverán conjuntamente cuando haya sido notificado a todos los ejecutados"
> (Subrayas y negritas de la Sala).

Así las cosas, estamos frente a la apelación del auto que rechazó la demanda por caducidad por lo que se infiere que negó el mandamiento de pago, lo cual a la luz de la norma transcrita es susceptible la alzada.

Corolario de lo anterior, en relación con el trámite recurso de apelación contra autos, el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, prevé:

> "1. El que rechace la demanda.
> 2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
> 3. **El que ponga fin al proceso**.
> 4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso

[1] El numeral 6º del artículo 627 del Código General del Proceso, establece que, los demás artículos (entre los que se cuentan los relacionados con el proceso ejecutivo), entrarán en vigencia a partir del 1º de enero de 2014.

que sólo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
6. El que decreta las nulidades procesales.
7. El que niega la intervención de terceros.
8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente".

De lo transcrito, se concluye que es competente la Sala para conocer la apelación del auto mediante el cual se rechazó la presente demanda ejecutiva por caducidad.

3. De la caducidad de la acción ejecutiva

La caducidad opera por la inactividad del interesado en acudir oportunamente a los medios judiciales previstos por el legislador; constituye una garantía para la seguridad jurídica y el interés general, en tanto establece un límite para reclamar del Estado determinado derecho[2].

Este fenómeno jurídico, es pues, el plazo perentorio para acudir a la jurisdicción y su incumplimiento lo presume la ley como la falta de interés del demandante en el impulso del mismo; **de manera que su vencimiento hace que sea imposible intentar la acción**.

Sobre el particular, es necesario señalar que el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo[3], frente al presupuesto procesal de la "caducidad", ha dicho:

> **"**Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador colombiano instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales, no se ejercen en un término específico**.** Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley, **y de no**

[2] Ver: DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I, p. 10. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000, p. 460.
[3] Sección Tercera consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio28 de septiembre de 2006 Radicación número: 44001-23-31-000-2005-00695-01(32628).

> **hacerlo en tiempo perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. El fenómeno de la caducidad busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente**, impidiendo el surgimiento del proceso. Por esta razón, la efectividad del derecho sustancial que se busca con su ejercicio puede verse afectada".

El Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, explicó:

> La doctrina ha desarrollado las características propias de esta figura para intentar delimitarla y diferenciarla con la prescripción extintiva de corto plazo. **La caducidad, a diferencia de la prescripción, no admite suspensión salvo la excepción consignada con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en las leyes 446 de 1998 y 640 de 2001. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez".** (Resalta la Sala)[4].
>
> "Ello significa, que la caducidad es una figura jurídica que protege intereses públicos; que es un requisito de procedibilidad que impide el ejercicio de la respectiva acción e impone al juzgador la obligación de decretarla oficiosamente, y **que por su naturaleza pública no puede ser objeto de suspensión, interrupción o renuncia, ni hace posible la ampliación de los plazos señalados por la ley para el ejercicio de las acciones**". (Resalta la Sala)[5]"[6]

De manera que se puede concluir que las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho

El Decreto 01 de 1984 en su artículo 136, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, instituía:

> **"**11. La acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales proferidas por esta jurisdicción, caducará al cabo de cinco **(5) años, contados a**

[4] Auto del 24 de enero de 2007, actor Néstor José Duarte Tolosa contra "Corelca S.A." y otro, radicación No. 20001-23-31-000-2005-02769-01(32958), Consejo de Estado, Sección Tercera, Mag. Pte. Ruth Stella Correa Palacio.
[5] Auto del 27 de mayo de 2010, actor Olga Molina de Paz contra Departamento de Cundinamarca, 25000-23-25-000-2007-00528-01(1926-07), Consejo de Estado, Sección Segunda, Mag. Pte. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[6] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". C.P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Auto de 3 de septiembre de dos mil 2014. Radicación número: 25000-23-42-000 2013-06253-01(3036-14). Actor: JORGE ELIECER LOZANO DIAZ. Demandado: U.G.P.P.

partir de la exigibilidad del respectivo derecho. La exigibilidad será la señalada por la ley o la prevista por la respectiva decisión judicial"

A su vez, el artículo 177 inciso 4º establecía que"…Tales condenas, además, serán ejecutables ante la jurisdicción ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria", y el inciso 5º "…Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.

De lo anterior, se colige que en el C.C.A. la ley disponía expresamente que las condenas eran **ejecutables** 18 meses después, sin duda, haciendo referencia las condiciones propias del título ejecutivo, es decir, a la obligación pura y simple, por lo que el término de los cinco años para ejercer la acción ejecutiva, se empiezan a computar efectivamente una vez vencido el término de los 18 meses.

Y respecto a la forma de contabilizar el término de caducidad bajo el esquema normativo del Decreto 01 de 1984, el Consejo de Estado en sentencia de 27 de mayo de 2010, precisó:

> "(…) Los términos para interponer la acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales se encuentra claramente establecida por 177 del C.C.A., señala que "Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria de su ejecutoria". Por su parte, el numeral 11 del artículo 136 ibídem, establece que: "11**. La acción ejecutiva derivada de esta jurisdicción, caducará al cabo de cinco (5) años, contados a partir de la exigibilidad del respectivo derecho. La exigibilidad prevista por la respectiva decisión judicial".** De la normatividad señalada, se concluye que en caso bajo examen ha tenido acción, **si se tiene en cuenta que la sentencia de 10 de abril de 1996 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, cuaderno 1 del expediente, quedó ejecutoriada el 22 de abril de 1996**, es decir, **que al tenor del artículo 177 del C.C. después de su ejecutoria, el 22 de octubre de 1997, fecha**

> **a partir de la cual la accionante contaba con un lapso de 5 años (artículo 136 ibídem), esto es, hasta el 22 de octubre de 2002**, cosa que no sucedió, pues la demanda sólo vino a interponerse cuando habían transcurrido más de cuatro (4) años después de vencido el término establecido para instaurar la acción ejecutiva, de la relación fáctica del expediente, tal como pasa a ilustrarse (…)"[7] (Subrayado fuera de texto).

Criterio retirado en diversas ocasiones por el Consejo de Estado, Sección Segunda, así, por la Subsección "A" en auto de 3 de septiembre de 2014 proceso con Radicación No. 25000-23-42-000-2013-06253-01(3036-14) y por la Subsección "B" en autos de 16 de julio de 2015 dentro de los procesos radicados No. 25000-23-25-000-2014-04132-01 (1307- 15) y No 25000-23-25-000-2014-04132-01 (1307- 15)[8] providencia, esta última, considerada precedente, en decisiones de tutela[9].

Así las cosas, se concluye que este fenómeno jurídico, es pues, el plazo perentorio para acudir a la jurisdicción y su incumplimiento lo presume la ley como la falta de interés del demandante en el impulso del mismo; **de manera que su vencimiento hace que sea imposible intentar la acción**. El Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, explicó:

> "Tan vertical mandato del legislador sobre el término perentorio para la formulación de las acciones ejecutivas derivadas de fallos condenatorios proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encuentra su razón de ser en la necesidad de brindar seguridad jurídica a las decisiones de la administración, en aras de evitar la posibilidad de ser demandadas a perpetuidad por cualquier persona que considere asistirle el derecho por subjetivas consideraciones.
>
> Sobre este tema ya se han pronunciado de manera uniforme en reiteradas oportunidades, tanto la Corte Constitucional, como esta Corporación, para precisar que la figura jurídica de la caducidad tiene

---

[7] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección "A", Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Expediente No. 25000232500020070052801 192607. Auto. 27 de mayo de 2010. Actor: Olga Molina de Paz. Demandado: Departamento de Cundinamarca. Acción Ejecutiva Rechazo.

[8] C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 25000-23-25-000-2014-04132-01 (1307- 15)

[9] Sección Quinta: C.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, sentencia de febrero 4de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02942-00(AC) y C.P. Dra. Rocío Araújo Oñate, sentencia de 11 de febrero de 2016, expediente radicación número: 11001-03-15-000-2015-03029-00

por finalidad salvaguardar un interés público, por lo que resulta inadmisible cualquier intento por alterar, demorar o extinguir sus efectos. Recordemos:
(…)
"iii) **Caducidad.**
Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales**, el legislador colombiano instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales, no se ejercen en un término específico.** Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley, y de no hacerlo en tiempo perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

El fenómeno de la caducidad busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso. Por esta razón, la efectividad del derecho sustancial que se busca con su ejercicio puede verse afectada.

La doctrina ha desarrollado las características propias de esta figura para intentar delimitarla y diferenciarla con la prescripción extintiva de corto plazo. **La caducidad, a diferencia de la prescripción, no admite suspensión salvo la excepción consignada con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en las leyes 446 de 1998 y 640 de 2001. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez".** (Resalta la Sala)[10].

"Ello significa, que la caducidad es una figura jurídica que protege intereses públicos; que es un requisito de procedibilidad que impide el ejercicio de la respectiva acción e impone al juzgador la obligación de decretarla oficiosamente, y **que por su naturaleza pública no puede ser objeto de suspensión, interrupción o renuncia, ni hace posible la ampliación de los plazos señalados por la ley para el ejercicio de las acciones**". (Resalta la Sala)[11]"[12] (Negritas de la Sala).

Así, resulta claro señalar que para efectos de contabilizar la caducidad del termino de los cinco (5) años de las acciones ejecutivas, cuyo título valor es una sentencia judicial, es necesario recurrir, entre otros, al contenido del inciso

[10] Auto del 24 de enero de 2007, actor Néstor José Duarte Tolosa contra "Corelca S.A." y otro, radicación No. 20001-23-31-000-2005-02769-01(32958), Consejo de Estado, Sección Tercera, Mag. Pte. Ruth Stella Correa Palacio.
[11] Auto del 27 de mayo de 2010, actor Olga Molina de Paz contra Departamento de Cundinamarca, 25000-23-25-000-2007-00528-01(1926-07), Consejo de Estado, Sección Segunda, Mag. Pte. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[12] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". C.P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Auto de 3 de septiembre de dos mil 2014. Radicación número: 25000-23-42-000 2013-06253-01(3036-14). Actor: JORGE ELIECER LOZANO DIAZ. Demandado: U.G.P.P.

4º del artículo 177 del C.C.A., para concluir que la misma será exigible al vencimiento de los 18 meses a los que alude dicho precepto.

Descendiendo al caso concreto y para determinar si la demanda en referencia se presentó dentro del plazo legal se concretan los siguientes aspectos:

* Fecha de las sentencias: **14 de septiembre de 1994** y **26 de febrero de 1996** (fl. 51-94).
* La sentencia referida cobró ejecutoria el **8 de marzo de 1996** (fl. 97).
* A través de la Resolución No. 1689 del 2 de diciembre de 2014, la Policía Nacional, dió cumplimiento a la sentencia (fl. 126-128).
* La reclamación fué radicada el **5 de julio de 2013** (fl. 98-125).
* Radicación de la demanda **15 de septiembre de 2016** (fl. 50).

4. Caso concreto

La sentencia cuyo cumplimiento se pretende ejecutar en el presente asunto quedó ejecutoriada el **8 de marzo de 1996** (fl. 97), la exigibilidad judicial de la sentencia como título ejecutivo, acaeció trascurridos los dieciocho (18) meses que contemplaba el artículo 177 del referido estatuto, luego, el término de diez (10) años, debe contarse a partir del **8 de septiembre de 1997**. En consecuencia, el término de caducidad ocurriría el **8 de septiembre de 2002,** como la demanda se presentó el **15 de septiembre de 2016** (fl. 50), evidentemente se presenta el fenómeno de la caducidad.

Ahora, el recurrente alega que debe tenerse en cuenta la fecha en la que se expidió la constancia de ejecutoria, de manera que debe decir la Sala que esa fecha no es razón legal para considerar que no ha apoderado el fenómeno jurídico de la caducidad, en tanto la parte actora pudo solicitar esa constancia de ejecutoria dentro del mismo plazo que disponía para acudir a la jurisdicción a presentar la demanda ejecutiva, y aun cuando sea otra la fecha de solicitud o de expedición de la constancia, la ejecutoria de la sentencia va a ser la misma, esto es el **8 de marzo de 1996.**

En otras palabras, no le estaba prohibido solicitar la constancia de ejecutoria mucho antes de la fecha en que la solicitó, (3 de abril de 2013), es decir, que la constancia de ejecutoria junto con la solicitud de primeras copias las pudo solicitar incluso al día siguiente de ejecutoriada la sentencia, y ahora sí pretender que con esa fecha de expedición se le contabilice el cómputo para impetrar la demanda ejecutiva.

Respecto a la mora en la admisión de la presente demanda, la Sala se abstendrá de pronunciarse como quiera que el recurrente afirma en el escrito visible a folio 161 que sobre la misma envió copia al Consejo Seccional de la Judicatura. Sin embargo, debe tenerse presente que si bien hay un término para hacer el estudio de admisión de demanda, ello no es óbice para determinar que por no hacerlo en tiempo deba el juez proferir auto de admisión sin considerar si no hay lugar a ello, pues en materia ejecutiva la demanda debe cumplir unos requisitos para que se libre mandamiento de pago, resultando indispensable que la demanda sea ejecutable **y que se presente en tiempo,** y de lo descrito en líneas anteriores, en el presente asunto la demanda no se presentó dentro de la oportunidad legal.

En tanto la Sala ha sostenido reiteradamente que las providencias judiciales prestarán mérito ejecutivo cuando en ella consten obligaciones claras, expresas y exigibles, se confirmará la decisión de primera instancia por cuanto en el presente caso no hay lugar a librar mandamiento de pago por haber operado el fenómeno de la caducidad de la demanda ejecutiva.

5. Costas.

En tanto la apelación de autos en la segunda instancia impone una decisión de plano, en consecuencia, no hay lugar a gastos procesales y, tampoco hay lugar a intervención de la parte contraria por cuanto no se ha trabado la litis.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar el auto proferido el 17 de marzo de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja, mediante el cual rechazó la demanda ejecutiva por caducidad, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

Medio de Control	**:**	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	**:**	**Olga Alcira Buitrago Ferro**
Demandado	**:**	**Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - UPTC**
Expediente	**:**	**15001-31-33-008-2012-00026-01**

Magistrado Ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida el 10 de mayo de 2012, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA. La señora Olga Alcira Buitrago Ferro mediante apoderado judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC para que se acojan las siguientes pretensiones:

2. PRETENSIONES. Se declare la nulidad del Oficio R-0701 del 24 de octubre de 2002 suscrito por el Rector de la UPTC, mediante el cual se atiende en forma desfavorable la solicitud presentada por la accionante, relacionada con el reconocimiento y pago del valor correspondiente a la prima de antigüedad.

Que se declare que la señora Olga Alcira Buitrago Ferro como Auxiliar Administrativo Grado 14, en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - UPTC tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a la prima de antigüedad en concordancia con los Decretos 230 de 1975, 540 de 1977 y 1042 de 1972.

A título de restablecimiento del derecho, solicita condenar a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC a reconocer a favor de la demandante los valores que legalmente le correspondan por concepto de prima de antigüedad desde la fecha en la cual adquirió el derecho a esta prerrogativa.

Solicita se condene a la accionada para que reajuste, liquide y pague a favor de la señora Olga Alcira Buitrago Ferro todas y cada una de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales a que tiene derecho, teniendo en cuenta el porcentaje correspondiente a la prima de antigüedad, de conformidad con lo establecido en el Decreto 230 de 1975, 540 de 1977 y 1042 de 1978 desde la fecha en que adquirió el derecho a esa prerrogativa.

Así mismo, pide que se condene al pago de la indexación o corrección monetaria sobre las sumas adeudadas a la demandante desde el momento en que debió cancelar cada suma de dinero y hasta cuando se verifique el pago de las obligaciones; que se condene al pago de intereses de mora sobre las sumas adeudadas conforme lo dispone el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Por último pide se condene en costas a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El apoderado de la parte actora refiere que su poderdante fue vinculada como Auxiliar Administrativo Grado 14, y ha permanecido en ese cargo en forma continua e ininterrumpida.

Señala que el Decreto 230 de 1975, reglamentado por los Decretos 540 de 1977 y 1042 de 1978, creó la prima de antigüedad para los empleados que permanezcan en el ejercicio del mismo cargo cuyo valor dependería de los años que llevara en el servicio y la escala creada para el efecto.

Manifiesta que la actora fue nombrada en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, y en la actualidad desempeña el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 14.

Narra que la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, mediante Resolución No. 0754 del 31 de mayo de 1999 reconoció y ordenó el pago de la prima de antigüedad a favor de la Señora Olga Alcira Buitrago Ferro, prima que fue incluida en nómina y cancelada hasta cuando arbitrariamente la administración ordenó su suspensión.

Que la demandante radicó derecho de petición el 8 de octubre de 2002 tendiente a obtener el reconocimiento y pago del valor correspondiente a la prima de antigüedad, solicitud que fue resuelta en forma negativa mediante Oficio R-0701 del 24 de octubre de 2002.

Normas violadas y concepto de violación

Señala como violados los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política y precisa que al ser Colombia, un Estado Social de Derecho, no es aceptable que sea el mismo Estado quien atente contra la dignidad humana, pues la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, desmejoró las condiciones salariales y desconoció el mínimo de derechos que a favor de la actora se encuentran consagrados.

Afirma que una Administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos o de sus mismos empleados no se compadece con los fines esenciales del Estado sino que al contrario, cosifica al individuo, como en este caso en especial donde se discrimina a la actora, desmejorando su salario, al no tener en cuenta el valor de la prima de antigüedad a que tiene derecho.

Seguidamente cita los artículos 2 y 5 de la Carta Política y la sentencia T-098 de 1997 para argüir que se violó el derecho a la igualdad por cuanto se desconoció de manera arbitraria e ilegal un derecho adquirido de la actora y que también se desconoció con la actuación, el principio laboral “A trabajo igual salario igual”. Agrega que también se violó el derecho al trabajo, en la medida que la negación verifica la falta de protección

de la actora, quien ha sido desmejorada en su situación laboral, al haber sido vulnerados el mínimo de derechos y garantías adquiridas.

Cita el artículo 29 superior y refiere que dicha disposición está siendo transgredida por cuanto la administración sin justificación alguna, omitió cancelar el valor correspondiente a la Prima de Antigüedad vulnerando el debido proceso sustancial y procesal. Luego de citar la Sentencia T-001 de 1993, concluye que las autoridades deben respetar en todo momento las normas que regulan los procedimientos, con el fin de salvaguardar las garantías en todos los casos a que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho.

Agrega que se quebrantaron los principios de igualdad de oportunidades, estabilidad en el empleo e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, por cuanto se colocó a la actora en condiciones de inferioridad, frente a otros trabajadores, lo que implica una desmejora en su condición económica y personal.

Estima que el precepto constitucional contenido en el artículo 58 fue quebrantado, por cuanto la omisión en el reconocimiento de los derechos económicos resultantes del trabajo, como la prima de antigüedad, vulnera los derechos adquiridos. Agrega que el valor correspondiente a la prima de antigüedad que se negó no puede ser desconocido unilateralmente y sin argumento jurídico valedero, sin las formalidades propias del debido proceso a que se refiere el artículo 29 de la Constitución Política.

Violación de la ley como causal de nulidad. Sostiene que se vulneró el artículo 49 del Decreto Ley 1042 de 1978, modificado por el Decreto Ley 429 de 1979, pues las personas que a la fecha de expedición de la norma estaban recibiendo asignación correspondiente a la tercera o cuarta columna salarial del Decreto 540 de 1977, "…por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre el sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho derecho y el de la tercera o cuarta columna según el caso…" (fl. 20).

Reitera que la actora fue vinculada a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC como Auxiliar Administrativo Grado 14 y ha permanecido en él de

forma continua e ininterrumpida, por lo que dicha entidad le venía reconociendo la prima de antigüedad, lo que constituye un acto administrativo que crea una situación particular en el presente caso a favor de la señora Olga Alcira Buitrago Ferro, y no le es dable a la entidad demandada modificar esta situación sin previamente haber obtenido el consentimiento expreso y escrito de su titular para proceder a su modificación.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 13 de febrero de 2003 ante este Tribunal, quien mediante auto de 5 de marzo de 2003 resolvió admitirla, de ahí que ordenó notificar personalmente al Rector de la UPTC y al Agente del Ministerio Público. Además solicitó el expediente de los antecedentes administrativos del acto demandado conforme lo establecía el numeral 6º del artículo 207 del CCA.

A folios 34 a 37 del expediente obra escrito de contestación presentado por el apoderado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, en el cual se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Que no es procedente pretender la nulidad del Oficio R-0701 del 24 de octubre de 2002, en razón a que el acto administrativo fue expedido en legal forma, ya que la demandante no cumplía con los requisitos establecidos en los Decretos 1042 de 1978 y 540 de 1977 porque su fecha de vinculación con dicha institución fue posterior al 1º de abril de 1976.

Presentó como excepciones las denominadas "INEXISTENCIA DE CAUSA", "PRESCRIPCIÓN", "CADUCIDAD", "FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA", "LEGALIDAD DEL ACTO" y "PODER INSUFICIENTE".

A través de auto de 18 de agosto de 2004 se decretaron pruebas (fls. 39 y 40) y mediante proveído de 19 de abril de 2006 este Tribunal ordenó correr traslado para alegar de conclusión conforme lo establecía el artículo 210 del Código Contencioso Administrativo (fl. 307).

Con posterioridad la demanda fue presentada el 23 de febrero de 2012 ante el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

Mediante auto de 29 de febrero de 2012 ese despacho avocó conocimiento, teniendo en cuenta que este Tribunal mediante proveído de 8 de febrero anterior resolvió remitirlo por competencia, en razón a la cuantía.

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante fallo proferido el 10 de mayo de 2012 declaró no probadas las excepciones de "caducidad" y "falta de agotamiento de la vía gubernativa" propuestas por la entidad demandada, y negó las pretensiones de la demanda.

El problema jurídico planteado por el a quo se encaminó a determinar si el acto administrativo contenido en el Oficio R-0701 del 24 de octubre de 2002 expedido por el Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, mediante el cual se negó la solicitud presentada por la demandante relacionada con el reconocimiento y pago del valor correspondiente a la prima de antigüedad se encuentra ajustado a derecho, o por el contrario se desconoció con su expedición las normas constitucionales y legales que rigen la materia.

Señala el a quo, que la prima de antigüedad es un incremento al que se hace merecedor el empleado por su permanencia en el servicio, el cual fue contemplado inicialmente en el Decreto 2285 de 1968 para aquellos servidores que permanecieran durante dos años en el empleo; que los establecimientos públicos no fueron contemplados en dicho decreto, pues tal como se indica en su artículo 1º el régimen de clasificación y remuneración que se fija es el de: "Los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias".

Manifiesta que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 230 del 14 de febrero de 1975 mediante el cual se reajustó la escala de remuneración de los empleos de los Establecimientos Públicos, y redujo a un año el tiempo de permanencia exigido por el Decreto 2285 para obtener la prima de antigüedad.

Precisa que el Decreto 540 de 1977 estableció nuevas reglas para el reconocimiento de la prima de antigüedad, y entre éstas, fijó una nueva escala de remuneración (artículo 2º), y creó una tabla de equivalencia entre los grados de empleos indicados en esta norma; que dicha escala de remuneración contenía cinco (5) columnas; una correspondía a los grados de remuneración de las distintas clases de empleos, y cuatro columnas salariales que indicaban la remuneración fijada para cada uno de los grados.

Indica que aquellos empleados que no tenían un año de antigüedad en el respectivo cargo para el 31 de marzo de 1977, esto es, quienes estaban ubicados en la columna salarial del sueldo básico, eran situados en la primera columna salarial del Decreto 540 de 1977, siendo posible pasar a las siguientes columnas, únicamente si con antelación a la expedición de ésta última norma ya tenían más de un año de antigüedad; que lo que pretende este decreto es hacer un corte a enero de 1978 para que desde tal fecha se reconozcan los incrementos salariales de conformidad con la columna que le sigue a aquella en que se ubicó inicialmente el empleado, lo que indica, que por ejemplo, quienes queden en la columna dos del Decreto 540 en virtud de los dispuesto en su artículo 8 solo tendrán que permanecer en ella desde el 1º de abril hasta el 31 de diciembre de 1977, para ser removidos a la tercera columna.

Sostiene que tales columnas salariales cobraron suma importancia con el Decreto 1042 de 1978 dado que con fundamento en éstas se limitó el reconocimiento de la prima de antigüedad, que para la fecha de expedición de este decreto, es decir, al 7 de junio de 1978 el empleado debería estar percibiendo el incremento indicado en la tercera o cuarta columna del Decreto 540 de 1977 para tener derecho a recibirlo hasta la fecha en la que se retire del respectivo organismo; que dicho requisito fue establecido en el artículo 49 del Decreto de 1978 así: "(…) Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3ra o 4ta columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores continuarán recibiendo hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre el sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso (…)".

Indica que el reconocimiento de la prima de antigüedad quedó limitado a los funcionarios que a 7 de junio de 1978 estuvieran percibiendo asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial de las previstas en el Decreto No. 540 de 1977 y que solo quienes se vincularon a un Ministerio, Departamento Administrativo, Superintendencia, Establecimiento Público o Unidad Administrativa de Orden Nacional antes del 31 de marzo de 1976 alcanzaban a estar ubicados en la tercera o cuarta columna a las que hace alusión el Decreto 540 a 7 de junio de 1978, cumpliendo así el requisito exigido en el artículo 49 del Decreto 1042 de 1978.

Frente al caso concreto señala lo siguiente: que la demandante fue vinculada a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC; que mediante Resolución No. 0868 del 24 de junio de 1999, el Rector de la UPTC reconoció el pago de la prima de antigüedad a unos funcionarios dentro de los cuales se encontraba la señora Olga Alcira Buitrago Ferro; que en el certificado de factores salariales correspondiente a la demandante desde el mes de mayo de 1977 al mes de julio de 2005 no se reporta pago por concepto de prima de antigüedad; que tal como se señala en el Oficio R-0701 del 24 de octubre de 2002, el Vicerrector Administrativo de la UPTC mediante Oficio VR-ADM-1077 del 15 de octubre de 1999 ordenó la suspensión del pago de la prima de antigüedad a los funcionarios que de manera ilegal se les había hecho este reconocimiento.

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil por consulta que elevó la UPTC acerca de esta temática, conceptuó en los siguientes términos: "(…) Esta oficina ha sido reiterativa en relación con el derecho al otorgamiento de la prima de antigüedad, para lo cual ha puntualizado como requisito sine quanon el haber ingresado a una entidad de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional a más tardar el 31 de marzo de 1976, criterio que fue pronunciado desde el 30 de septiembre de 1996, mediante el concepto No. 10434 de la fecha antes citada (…)".

Dice que en el acto demandado, la UPTC es clara en señalar que no accede a la petición formulada por la actora habida cuenta que no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 49 del Decreto 1042 de 1978 y el Decreto 540 de 1977.

Sostiene que la señora Olga Alcira Buitrago Ferro a la fecha de expedición del Decreto 1042 de 1978, esto es, al 7 de junio de 1978, ni siquiera estaba percibiendo la prima reclamada, lo cual supone que no cumple con el requisito exigido por la misma, consistente en estar recibiendo la asignación correspondiente a la 3ra y 4ta columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones anteriores.

Indica que para el momento de vinculación de la demandante (1 de mayo de 1977), quedaba menos de un año para que se expidiera el Decreto 1042 de 1978, siendo entonces imposible que para tal evento, estuviera ubicado en la tercera o cuarta columna del Decreto 540 de 1977, pues para que hubiese sido así, la señora Olga Alcira Buitrago Ferro tuvo que ser vinculado a la UPTC antes del 1º de abril de 1976 (artículo 8 del Decreto 540 de 1977 y 49 del Decreto 1042 de 1978), o mejor, entrar al tercer año de antigüedad al 7 de junio de 1978 lo cual no era posible, ya que como se señaló, la hoy actora fue vinculada a la entidad demandada el 1 de mayo de 1977, es decir, llevaba tan solo 13 meses cuando se expidió el Decreto 1042 de 1978, por lo tanto no cumplía con los requisitos para obtener este beneficio, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda.

Concluye que la demandante no tiene derecho a que se le reconozca la prima de antigüedad, toda vez que no cumple los requisitos establecidos en el Decreto 540 de 1977 y el Decreto 1042 de 1978, por lo que se mantiene incólume la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado, y que conlleva a negar las súplicas de la demanda.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia, la parte accionante presentó recurso de apelación fundamentado de la siguiente manera:

Que es evidente el yerro del despacho, teniendo en cuenta que la UPTC para efectuar la revocatoria del acto sin el consentimiento del particular, debió haber demostrado la ilicitud que generó vicio en su voluntad, no bastaba, conforme lo advierte, con la simple exposición de la entidad en el acto acusado.

Dice que como lo señala el Consejo de Estado era necesario que se tratara de una actuación ilícita o fraudulenta debidamente probada, que en el caso no se demostró por lo que el único camino que tenía la entidad era solicitar la autorización escrita del titular del derecho o acudir a la jurisdicción contenciosa en acción de lesividad, pues si se pretende demostrar que el derecho fue reconocido por error de la administración, dicho estudio es propio de esa acción que la entidad omitió instaurar.

Precisa que si la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC no contaba con autorización escrita, expresa y previa de la demandante para que procediera la revocatoria directa, se debió iniciar una actuación administrativa, aplicar un debido proceso garantizando los derechos de defensa y contradicción de la afectada, y demostrar a través de dicha actuación que el acto fue expedido por medios o procedimientos fraudulentos imputables al afectado por el acto administrativo revocado.

Sostiene que para el momento de la vinculación de la demandante quedaba menos de un año para que se expidiera el Decreto 1042 de 1978, dicho asunto no tiene relevancia pues al demandante le reconocieron y pagaron la prima de antigüedad que se reclama, lo cual constituía un derecho adquirido.

Manifiesta que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad está garantizada en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción; que se ajusta mejor con la técnica denominar "situación jurídica correcta o subjetiva", al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202, y "situación jurídica abstracta u objetiva", a la mera expectativa de derecho; que se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva, a la inversa se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona.

Señala que si bien la entidad demandada señaló en el acto acusado que el reconocimiento de la prima de antigüedad había sido revocado por acto anterior, tal hecho no logró probarse en el plenario, así las cosas se debe entender que no existió

un acto anterior que definiera la situación jurídica del demandante por ende y en atención a lo manifestado resulta procedente que se reconozcan las pretensiones de la demanda.

Por último asegura que a la demandante le asiste el derecho reclamado, razón por la cual solicita se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 6 de junio de 2012 se concedió para ante este Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 10 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fl. 371)

A través de auto de 27 de febrero de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fl. 382).

Y a través de proveído de 17 de abril de 2013 se puso el expediente a disposición de las partes por el término de diez (10) para presentar alegatos de conclusión, oportunidad que aprovechó la entidad demandada.

La apoderada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, trajo a colación el artículo 73 del CCA que estableció las reglas para efectos de revocar directamente los actos administrativos de contenido particular y concreto en los siguientes términos: “Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales. Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incida en el sentido de la decisión”.

Precisa que se desprende como regla general la imposibilidad de revocar directamente los actos administrativos particulares y concretos, si la administración no cuenta previamente con el consentimiento expreso del titular del derecho reconocido.

Sostiene que en el presente proceso, contrario a lo manifestado por el a quo, le asiste razón a la demandante, por cuanto la entidad demandada para poder efectuar la revocatoria del acto sin el consentimiento del particular, debió haber demostrado la ilicitud que generó vicio en su voluntad; que como lo señala el Consejo de Estado era necesario que se tratara de una actuación ilícita o fraudulenta debidamente probada, que en el caso no se demostró, por lo que el único camino que tenía la entidad era solicitar la autorización escrita del titular del derecho o acudir a la jurisdicción contenciosa en acción de lesividad.

Advierte que lo establecido por el juez de primera instancia no puede ser atendido dentro del presente asunto debido a que el análisis en torno a si el demandante tenía o no derecho al reconocimiento de la prima de antigüedad no puede ser materia en el sub lite, como quiera que dicho estudio no corresponde a esta acción sino a la acción de lesividad que debió haber adelantado la entidad si consideró que no era procedente reconocer el derecho.

Que es claro que una vez se hace un acto administrativo que reconoce un derecho, el mismo para ser revocado debe ser objeto de autorización por parte del titular o en su lugar como se ha anotado debe ser objeto de demanda.

Por último solicita se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar se acceda a las suplicas de la demanda.

VII. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer del asunto en segunda instancia.

2. Tema de apelación

Que la UPTC para efectuar la revocatoria del acto sin el consentimiento del particular, debió haber demostrado la ilicitud que generó vicio en su voluntad, no bastaba, conforme lo advierte, con la simple exposición de la entidad en el acto acusado; que como lo señala el Consejo de Estado era necesario que se tratara de una actuación fraudulenta debidamente probada, que en el caso no se demostró, razón por la que el único camino que tenía la entidad era solicitar la autorización escrita del titular del derecho o acudir a la jurisdicción contenciosa en acción de lesividad, pues si se pretende demostrar que el derecho fue reconocido por error de la administración, dicho estudio es propio de esa acción que la entidad omitió instaurar; que si la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC no contaba con autorización escrita, expresa y previa de la demandante para que procediera la revocatoria directa, se debió iniciar una actuación administrativa, aplicar un debido proceso garantizando los derechos de defensa y contradicción de la afectada, y demostrar a través de dicha actuación que el acto fue expedido por medios o procedimientos fraudulentos imputables al afectado por el acto administrativo revocado; que para el momento de la vinculación de la demandante quedaba menos de un año para que se expidiera el Decreto 1042 de 1978, dicho asunto no tiene relevancia pues al demandante le reconocieron y pagaron la prima de antigüedad que se reclama, lo cual constituía un derecho adquirido; que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad está garantizada en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción; que si bien la entidad demandada señaló en el acto acusado que el reconocimiento de la prima de antigüedad había sido revocado por acto anterior, tal hecho no logró probarse en el plenario, así las cosas se debe entender que no existió un acto anterior que definiera la situación jurídica de la demandante por ende y en atención a lo manifestado resulta procedente que se reconozcan las pretensiones de la demanda.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar en primer lugar si la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC tenía la facultad de proceder a revocar el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0868 del 24 de junio de 1999 mediante

la cual ordenó el reconocimiento y pago de la prima de antigüedad en favor de la señora Olga Alcira Buitrago Ferro, sin contar con su autorización escrita, previa y expresa, y sin iniciar una actuación administrativa en la que hubiera demostrado que el acto fue expedido por medios o procedimientos fraudulentos imputables a la actora.

Una vez establecido lo anterior corresponde a la Sala precisar si a la apelante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de antiguedad contemplada en los Decretos 230 de 1975 y 1042 de 1978, durante todo el tiempo laborado en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC.

Para resolver estos puntos en debate es necesario hacer mención a: (i) la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto, y (ii) las normas aplicables que regulan el reconocimiento de la prima de antigüedad.

4. De la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto

En relación con los actos administrativos conviene recordar que se constituyen en la expresión unilateral de la voluntad de la Administración, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales de carácter abstracto e impersonal y de carácter particular y concreto respecto de una o varias personas determinadas o determinables[1].

Mediante la Resolución No. 0868 del 24 de junio de 1999[2], se resolvió reconocer el pago de la prima de antigüedad a la señora Olga Alcira Buitrago Ferro, con retroactividad a partir del 1º de enero de 1999.

La Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, entidad demandada, suspendió el reconocimiento de dicha prestación, de ahí que la demandante solicitó a través de derecho de petición el pago del valor correspondiente a la prima de antigüedad, el cual fue negado a través del Oficio R-0701 del 24 de octubre de 2002.

[1] Corte Constitucional. Sentencia SU-050 de 2 de febrero de 2017. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
[2] Folios 192 a 194

Con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se pretende la nulidad del Oficio R-0701 del 24 de octubre de 2002 mediante el cual la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC negó a la señora Olga Alcira Buitrago Ferro el reconocimiento y pago de la prima de antigüedad.

Dicho acto administrativo en sus apartes indicó:

> "En respuesta a su derecho de petición y agotamiento de vía gubernativa, radicado el 8 de octubre del año en curso, en donde obra como apoderada de la señora Olga Alcira Buitrago Ferro, en procura de reclamar a favor de su prohijada el reconocimiento y pago de la prima de antigüedad, que en su decir se le dejó de cancelar, sin sustento legal y a pesar de tener derecho adquirido, me permito manifestarle, que no es posible acceder a su solicitud en razón a que contrario a lo manifestado por usted, no existe el sustento fáctico y jurídico para su otorgamiento.
>
> Si bien la Universidad en un principio, y apoyada en diversos conceptos, profirió la Resolución No. 0754 del 31 de mayo de 1999, en la cual de manera retroactiva a 1º de enero del mismo año, reconoció la prima de antigüedad para muchos funcionarios de la Institución, dada la disparidad de criterios y ambigüedad sobre el tema, se vio en la necesidad de encargar un estudio técnico concienzudo y detenido sobre el particular, el cual conllevó la consulta al Departamento Administrativo de la Función Pública y la revisión de manera individual de cada Hoja de Vida, para verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente, situación que arrojó como resultado un listado de 62 servidores a quienes les favorecía este beneficio y otro más de 49 que lo venían recibiendo de manera irregular (dentro del cual se encuentra su representado).
>
> **Como consecuencia de la anterior situación irregular y ante la necesidad de subsanar la situación anómala presentada, la Universidad mediante decisión contenida en el Oficio VR-ADM-1077 del 15 de octubre de 1999, proferido por la Vice-Rectoría Administrativa, dispuso la suspensión del pago de la mencionada prima a los servidores que de manera ilegal se les había hecho este reconocimiento**.
>
> Por estas razones, pero en especial porque la señora Olga Alcira Buitrago Ferro, no cumple con los requisitos señalados establecidos en el Artículo 49 del Decreto 1042 de 1978 y en el Decreto 540 de 1977, resulta imposible acceder al reconocimiento de la prestación solicitada." Resaltado fuera de texto

Los argumentos del recurrente se encaminan a indicar que cuando se trata de actos de contenido particular y concreto, la normatividad Contenciosa Administrativa ha establecido un procedimiento reglado, en razón de la creación de situaciones subjetivas, individuales y concretas de los administrados sobre un derecho protegido por la Constitución Política.

Que es evidente que la UPTC para efectuar la revocatoria del acto sin el consentimiento del particular, debió haber demostrado la ilicitud que generó vicio en su voluntad, no bastaba, conforme lo advierte, con la simple exposición de la entidad en el acto acusado; que era necesario que se tratara de una actuación ilícita o

fraudulenta debidamente probada, que en el caso no se demostró por lo que el único camino que tenía la entidad era solicitar la autorización escrita del titular del derecho o acudir a la jurisdicción contenciosa en acción de lesividad, pues si se pretende demostrar que el derecho fue reconocido por error de la administración, dicho estudio es propio de esa acción que la entidad omitió instaurar.

Precisa que si la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC no contaba con autorización escrita, expresa y previa de la demandante para que procediera la revocatoria directa, se debió iniciar una actuación administrativa, aplicar un debido proceso garantizando los derechos de defensa y contradicción de la afectada, y demostrar a través de dicha actuación que el acto fue expedido por medios o procedimientos fraudulentos imputables al afectado por el acto administrativo revocado.

La Resolución No. 0868 del 24 de junio de 1999 proferida por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, mediante la cual se le reconoció a la demandante la prima de antigüedad a partir del 1º de enero de 1999, sin duda alguna es un acto de contenido particular y concreto que generó a favor de la actora un derecho subjetivo.

Debe la Sala precisar que aunque la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos está consagrada en el artículo 66 del C.C.A., en tratándose de actos administrativos de carácter subjetivo, el procedimiento al que se impone acudir es la revocatoria directa prevista en el Título V del C.C.A. artículos 69 a 74.

Ahora, sin perjuicio de los motivos invocados en el oficio demandado lo cierto es que no tenía la virtualidad de dejar sin efecto, sin fuerza ejecutoria o revocar la Resolución No. 0868 del 24 de junio de 1999 proferida por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC. Para tal efecto era necesario adelantar el procedimiento legal y obtener el consentimiento del beneficiario y, en caso negativo, demandar su legalidad ante la jurisdicción.

Como tal procedimiento no se adelantó frente a la Resolución No. 0868 del 24 de junio de 1999, se encuentra vigente, pues no ha sido revocada por la administración

ni anulada o suspendida por la jurisdicción, lo cual conllevaría a acceder a las pretensiones de la demanda.

Sin embargo nota la Sala de lo precisado en el Oficio demandado R-0701 del 24 de octubre de 2002, que fue mediante Oficio VR-ADM-1077 del 15 de octubre de 1999, proferido por la Vice-Rectoría Administrativa, que se dispuso la suspensión del pago de la mencionada prima a los servidores que de manera ilegal se les había hecho este reconocimiento, dicho frente al que no se presentó ninguna oposición por parte de la demandante, de ahí que era este acto administrativo el que debió haber sido sometido a control de legalidad ante esta jurisdicción y no el que data de 24 de octubre de 2002, pues con esto queda en evidencia que lo que pretendía la actora era revivir términos, pues si se tiene en cuenta que el acto administrativo mediante el cual se suspendió el pago de la prima de antiguedad fue expedido el 15 de octubre de 1999 contando a la presentación de la demanda ya habían transcurrido más de tres años, periodo que sobrepasa el término establecido en el CCA para impetrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Además, al no haber sido demandado el acto administrativo mediante el cual se dispuso la suspensión del pago de la prima de antigüedad, considera la Sala que en el presente asunto se avizora una ineptitud sustantiva de la demanda, y así se declarará.

5. De las normas aplicables que regulan el reconocimiento de la prima de antigüedad

El Decreto 1042 de 1978, en el cual "se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.", y en su parte pertinente, indica:

> "**Artículo 42º.-** De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.
>
> Son factores de salario:

> **a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.**
>
> (…)" Resaltado fuera de texto

El artículo 49 del mismo decreto prevé:

> "**Artículo 49º.-** De los incrementos de salario por antigüedad. **Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.**
>
> Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, trátase de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.
>
> El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de las entidades enumeradas en el artículo 1º del presente Decreto.
>
> Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles. Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial." Resaltado fuera de texto

Por su parte el artículo 97 de la misma reglamentación establece:

> **"Artículo 97º.- De los incrementos por antigüedad. De acuerdo con el artículo 49 de este Decreto, los empleados que estuvieran percibiendo remuneraciones de la tercera o cuarta columna de la escala salarial fijada en el Decreto 540 de 1977, por efecto de los incrementos establecidos en disposiciones anteriores, continuarán recibiendo la diferencia entre tales remuneraciones y el salario fijado para su cargo en la segunda columna de dicha escala hasta la fecha en que se retiren del servicio**, aunque cambien de empleo ya sea por razón de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo. En caso de cambio de entidad se aplicará lo dispuesto en el artículo 49." Resaltado fuera de texto

Desde ya se dirá que resulta indiscutible que la actora no reunía los requisitos legales para el reconocimiento y pago de la prima de antigüedad toda vez inició a laborar el 1 de mayo de 1977 (fl. 285), lo cual implica que para el 7 de junio de 1978, fecha en que entró en vigencia el Decreto 1042 de 1978, solo contaba con 1 año de servicio en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC y por ende, no podía ser ubicada en la columna tercera o cuarta del artículo 2º del Decreto 540 de 1977.

Es preciso señalar en este punto que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 540 de 1977 la funcionaria no se encontraba percibiendo las remuneraciones que por antigüedad se habían fijado en las columnas tercera o cuarta del Decreto 174 de 1975. Así lo dispuso el artículo 8 del Decreto 540 de 1977 cuando señaló que a partir del 1º de abril de 1977, los empleados públicos percibirían la remuneración asignada a los grados que correspondieren a sus empleos, una vez hecha la equivalencia de que trata el artículo cuarto, así:

> "**Artículo 8°** A partir del 1° de abril de 1977, los empleados públicos a que se refiere el presente Decreto percibirán la remuneración asignada a los grados que correspondieren a sus empleos, una vez hacha la equivalencia de que trata el artículo cuarto, así:
>
> Quienes el 31 de marzo de 1977 estén percibiendo remuneraciones incluidas en la columna denominada sueldo básico de las escalas fijadas por los Decretos 174, 230 y 390 de 1975, tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente de la primera columna salarial de la escala adoptada en el artículo segundo;
>
> Quienes en la misma fecha estén percibiendo remuneración de la primera columna de antigüedad de las escalas fijadas en los mismos Decretos, tendrán derecho a percibir la remuneración correspondiente de la segunda columna salarial de la escala adoptada en el artículo segundo;
>
> **Quienes en la misma fecha estén percibiendo remuneraciones incluidas en las otras columnas de antigüedad de las remuneraciones contempladas en los citados Decretos, tendrán derecho a percibir la remuneración correspondiente de la tercera columna de la escala salarial adoptada por el artículo segundo." Resaltado fuera de texto**

El artículo 2º del Decreto 174 de 1975, contempló cuatro (4) columnas que contenían el incremento por antigüedad para "…los empleados que permanezcan en el servicio, en el mismo cargo, así: al iniciar el segundo año de servicio, pasarán a la primera columna; **al iniciar el tercer año, a la tercera columna, y al iniciar el quinto año, a la cuarta columna…".**

En ese orden de ideas, si la actora ingresó al servicio en el mes de **mayo de 1977**, quiere decir que para la fecha en que entró en vigencia el Decreto 540 de 1977, es decir el 1º de abril de 1977, ni siquiera estaba vinculada, situación ésta que no permitía

ubicarla en la tercera o cuarta columna del Decreto 174 de 1975 y por ende, tampoco en la tercera o cuarta columna del citado Decreto 540. Es por ello que le asiste razón al A quo para afirmar que la actora no reunía los requisitos establecidos en los artículos 49 y 97 del Decreto 1042 de 1978, pues el incremento de antigüedad se preservó para aquellos empleados que a 7 de junio de 1978 se encontraban percibiendo las asignaciones contempladas en la tercera o cuarta columna del citado Decreto 540 de 1977.

6. Costas y agencias en derecho

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la parte demandante, en virtud a que no prosperó su recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas.

Igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la parte actora, la suma (1) S.M.M.L.V. ello en virtud con lo dispuesto en el artículo 5º del Acuerdo Nº PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja de 10 de mayo de 2012, que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar se dispone:

SEGUNDO. Declarar la ineptitud sustancial de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, en virtud a que no prosperó su recurso de apelación. El a quo procederá a su liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C.G.P.

CUARTO. Como agencias en derecho a cargo de la parte actora, la suma de un (1) S.M.M.L.V.

QUINTO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

La anterior firma hace parte integrante del expediente No. 15001-31-33-008-2012-00026-01

Medio de Control	**:**	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	**:**	**Olga Alcira Buitrago Ferro**
Demandado	**:**	**Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC**
Expediente	**:**	**15001-31-33-008-2012-00026-01**

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE:	**JORGE OCTAVIO GONZALEZ OSMA**
DEMANDADO:	**UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP**
RADICACIÓN No:	**150013333008201600023-01**

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada contra el fallo proferido el 23 de marzo de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor **JORGE OCTAVIO GONZALEZ OSMA** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP.**

II. ANTECEDENTES

***2.1.- LA DEMANDA*:** por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **JORGE OCTAVIO GONZALEZ OSMA,** solicitó que se declarara la nulidad parcial de la Resolución No. PAP 052081 del 6 de mayo de 2011 y la nulidad del auto ADP 014271 del 28 de octubre de 2013, expedidas por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP, a través de las cuales, se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación y se confirmó tal determinación al resolverse el recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordenara a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, reliquidar y pagar su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, la que se haría efectiva a partir del retiro del servicio; entre otras declaraciones y condenas.

Como fundamento de sus pretensiones el actor indicó que por haber cumplido los requisitos legales, le fue reconocida una pensión de jubilación mediante la resolución No. PAP 052081 del 6 de mayo de 2011.

Agregó que solicitó en varias oportunidades la reliquidación de su pensión, la cual fue resuelta de manera desfavorable mediante Resolución ADP 014271 del 28 de octubre de 2013. (fl.14-15)

2.2.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, el Juez A quo manifestó que se encontraba probado que el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto en artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto para el 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia dicha disposición, contaba con 40 años de edad, por lo que concluyó que le era aplicable la Ley 33 de 1985, no sólo para efectos del tiempo de servicios y edad, sino para determinar el valor de su pensión.

De acuerdo con lo anterior el Juez de instancia dispuso que el demandante tenía derecho a que se le liquidara su pensión de jubilación tomando como base todos los factores que constituían salario y que devengó en el año anterior a su retiro del servicio, que lo fue del 1º de enero al 31 de diciembre de 2012 es decir, con la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, ½ bonificación, ½ prima de servicios, ½ prima de vacaciones y ½ prima de navidad, prima de vacaciones, De la base de liquidación pensional excluyó la prima técnica por evaluación de desempeño.

Finalmente, dispuso que la UGPP debería descontar de los factores salariales cuya inclusión se ordenaba, los aportes correspondientes con destino a salud y pensión, siempre y cuando sobre estos no se haya efectuado deducción legal (fls.186-198).

2.3.- *EL RECURSO DE APELACIÓN.* Inconforme con la decisión de primera instancia, **la apoderada de la entidad demandada** la impugnó oportunamente indicando que por reunir el actor los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es beneficiario del régimen de transición, y por tanto, es viable reconocer su pensión de jubilación teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto establecido en el régimen anterior, esto es, el contenido en la Ley 33 de 1985, y que como el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es claro en establecer que las demás condiciones se rigen por lo estipulado en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, los factores sobre los cuales ha de liquidarse la pensión corresponden a los mencionados por la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, como lo es el Decreto 1158 de 1994 modificado por el Decreto 691 de 1994, sin que en los mismos estén enunciados los pretendidos por el demandante por lo que no se pueden incluir en el IBL.

De otra parte, aseguró que la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 29 de abril de 2015, dejó establecido que para los cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sus liquidaciones pensionales se debían realizar con la edad, el tiempo de servicios y el monto establecido en el régimen anterior, sin que pudiera considerarse que el ingreso base de liquidación se calculara de la misma forma porque éste no fue un aspecto sometido a transición.

Finalmente solicitó que se revocara la decisión de condenar en costas a la demandada, pues indicó que durante el trámite procesal no mostró una actitud dilatoria o temeraria y además porque prosperaron parcialmente las pretensiones del demandante, en la medida que en la base pensional no fue incluida la prima técnica (fl. 200-214).

2.4.- ALEGATOS DE CONCLUSION. En el término concedido para el efecto, la apoderada de la Entidad demandada presentó escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fl. 258-278).

La parte demandante y, la Agencia del Ministerio Público solicitó guardaron silencio (fl. 279)

III. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

En esta oportunidad la Sala entrará a determinar si el demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios prestados, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación tomando en cuenta sólo los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1995 y sobre los cuales se realizó aportes a pensión, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **(i)** Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado; **(ii)** De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010; **(iii)** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones; y **(iv)** Caso Concreto y condena en costas.

3.1. De los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36[1] de la Ley 100 de 1993, norma que permitió que la situación

[1] ***ARTICULO. 36.- Régimen de transición.*** *La edad para acceder a la pensión de vejez. continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si

jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años de edad y de las mujeres con más de 35 años de edad, o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), **se rigieran por el régimen anterior** en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas anteriores a la vigencia de la citada Ley 100, en el inciso 3º se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión.

Frente a dicha contradicción, la jurisprudencia de Consejo de Estado[2] ha precisado que "*no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición*

---

son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

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

[2]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99, en los siguientes términos:

"(...) cuando la Ley empleó la palabra "monto", no fue para ***que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100***.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

*De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, **que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.**"* (Negrilla y subrayado fuer a del texto)

pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y ***monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación****), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio".* (Resaltado fuera del texto).

Así entonces, de lo expuesto se colige que el **monto** de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación, se rige, para las personas amparadas por el régimen de transición, por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En efecto, el régimen pensional anterior al establecido en la Ley 100 de 1993 resulta ser el previsto en la ley 33 de 1985, aplicable a los trabajadores del sector oficial, el cual en su artículo 1° consagra como regla general que tendrá derecho al reconocimiento y pago mensual de una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, el empleado que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años.

Por su parte, el artículo 3° de la ley 33, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, estableció que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo

suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante, el órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa en sentencia unificadora[3] proferida el 4 de agosto de 2010, adoptó la postura – aún vigente- en virtud de la cual, **la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**; tesis que se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso de las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías.

Acatando la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de unificación, resulta válido afirmar que todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

3.2 De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a

[3] Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 25000-2325-000-2006-07509-01 (0112-2009), C.P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO.

la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016 debe señalarse que sus consideraciones y efectos van dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes, -como lo es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado- son fuente de derecho, ostentan carácter vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad jurídica, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011[4] y C-816 de 2011[5], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*

[4] "*11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.*[4] ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante***" (Negrilla fuera de texto)

[5] "*5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.* ***En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida***" (Subraya fuera de texto)

Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[6], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).

(...)

Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015, ***no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa****; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*

(...)

En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[7], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016 proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad

[6] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

[7] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 2500023420002013-01541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social, disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[8], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.** Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso base de liquidación** como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos y finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores salariales que se ordenan incluir en la base de liquidación pensional, a los

[8] Exp. 4683-13

efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado, también lo es que el Órgano Supremo de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[9].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

3.3. Caso concreto

Según consta en el plenario, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), el demandante tenía de 40 años de edad (nació el 8 de agosto de 1953 fl.2), circunstancia que conduce a concluir que al cumplir con uno de los requisitos previstos en el inciso 2º del artículo 36 de la mencionada codificación, es beneficiario del régimen de transición allí previsto. En consecuencia, para efectos de determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 sin que sea procedente aplicar lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues como se indicó en el marco normativo de ésta

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. Jose Luis Barceló Camacho

providencia, se debe aplicar en su integridad la Ley 33 de 1985, y al haber unificado su jurisprudencia el Consejo de Estado, estableciendo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los empleados oficiales, todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio, entrará la Sala entonces a examinar qué factores devengó el demandante del 1 de enero al 31 de diciembre de 2012 (fl.11-12; 135-140).

En efecto, al revisar el certificado de factores salariales expedido por el Coordinador de Talento Humano de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia- UPTC, (fls. 133 a 155), se constata que el demandante durante el último año de servicio laborado devengó los siguientes factores salariales: **asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad y prima técnica.**

La extinta CAJANAL mediante la resolución No. PAP 052081 del 6 de mayo de 2011 reconoció al demandante una pensión vitalicia de jubilación (2-4).

Posteriormente, por medio de la resolución RDP 034967 del 31 de julio de 2013, la extinta CANAJANAL negó la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al actor mediante la resolución PAP 052081 DE 2011, (fl. 49 CD); resolución que fue confirmada mediante resoluciones RDP 041471 del 6 de septiembre de 2013 al resolverse el recurso de reposición y RDP 042043 del 10 de septiembre de 2013, al desatarse la apelación (fl. 49 CD).

Ahora, al hacer la comparación de los factores salariales reconocidos por la entidad demandada y los devengados por el actor en el último año de servicios prestados (**1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2012**), encuentra la Sala que en los actos administrativo de reliquidación pensional **NO** se tuvieron en cuenta los siguientes factores salariales: **asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de**

navidad, y prima técnica, esta última fue excluida en forma acertada de la base de liquidación por el a - quo.

En este orden de ideas, concluye la Sala que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, -conforme lo expuesto en acápite anterior-, lo mismo que en acatamiento de mandatos Superiores y de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA, la pensión de jubilación reconocida al demandante debe reliquidarse con la inclusión todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio, es decir, no solo con la asignación básica y gastos de representación, **sino también asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación, prima de servicio, prima de vacaciones y prima de navidad,** y con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2013, día siguiente al retiro definitivo del servicio y no desde la fecha en que se ordenó en la providencia impugnada.

De otro lado, se concluye que en contraposición al argumento de apelación elevado por la entidad accionada, y concerniente a la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015, es oportuno enfatizar como se hizo en el acápite de marco jurídico de esta providencia, que la Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de Unificación emitida por el H. Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente.

3.4. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones:

En este punto, reiterando la postura que se ha venido adoptando por esta Sala de Decisión[10], se dispondrá que de la condena y sobre los factores a

[19] Ver entre otras, sentencias de 28 de junio de 2016 exp. 2013-732-00, Sentencia de 13 de septiembre de 2016 exp. No. 2013-674-00, y sentencia de 13 de septiembre de2016 exp. 2014-83-00, con ponencia del suscrito.

tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor **JORGE OCTAVIO GONZALEZ OSMA**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso del demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

IV. COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la recurrente, pues si bien su recurso fue resuelto de manera desfavorable, en el expediente no se demostró que se hubiera causado, en la medida que el demandante no adelantó actuaciones en esta segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmado, pero se **MODIFICARÁN** los numerales 4 y 6 de la parte resolutiva en el sentido de **i)** precisar la fecha a partir de la cual se ordena la reliquidación pensional, y **ii)** ordenar que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, se

efectúen los descuentos de los aportes al Sistema General de en Pensiones durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que le correspondía.**

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de marzo de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Excepto los numerales 4 y 6 de la parte resolutiva que se **MODIFICARÁN** así:

> *"**CUARTO:** CONDENAR a la UGPP, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer al señor **JORGE OCTAVIO GONZALEZ OSMA identificado con C.C. 7.300.79,** el valor de la diferencia en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde **el 1 de enero de 2013,** día siguiente al retiro definitivo del servicio; cifras que serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, aplicando para ello la siguiente formula:*
>
> $$R = RH \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$
>
> ***SEXTO:** De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor **JORGE OCTAVIO GONZALEZ**, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** con destino al Sistema General de Salud y Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso del demandante, no podrá superar el valor de la condena a su favor.*
>
> *En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.*

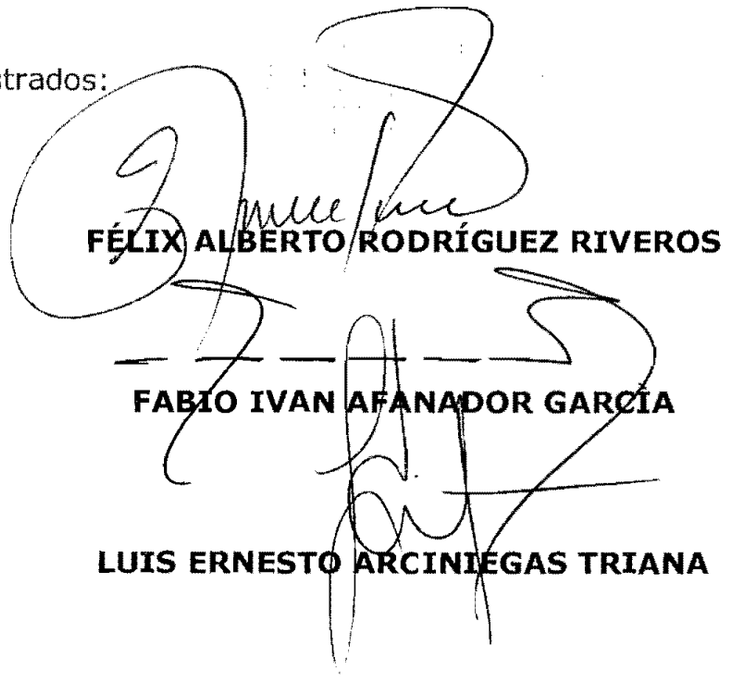
Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado."

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCIA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE: Jorge Octavio González
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 15001333300820160002 3-01

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, diciembre catorce (14) de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Miguel Ángel Tobos González***
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
*Expediente: 15001-33-33-008-****2016-00041****-01*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida el ***2 de agosto de 2017*** *por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por* ***Miguel Ángel Tobos González.***

I. ANTECEDENTES

- ***Demanda y subsanación (f. 3-25 y 104-105):***

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ***Miguel Ángel Tobos González****, a través de apoderado judicial, pidió declarar:*

* *La nulidad de la* ***Resolución No. GNR 360451 de 17 de noviembre de 2015****, expedida por la Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, por la cual se negó una reliquidación pensión (f. 57-58 vto.)*

* *La nulidad parcial de la* ***Resolución No. GNR 5699 de 8 de enero de 2016****, expedida por la Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones que, al resolver un recurso de reposición, resolvió revocar la resolución anterior, y, en su lugar, reliquidar la pensión de jubilación (f. 72-76).*

* *La nulidad parcial de la* ***Resolución No. VPB 15902 de 8 de abril de 2016****, expedida por el Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones, que resolvió un recurso de apelación y resolvió modificar la Resolución No. GNR 5699 de 8 de enero de 2016 y, en su lugar, reliquidar la pensión de jubilación (f. 78-84 vto.).*

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene la reliquidación con la inclusión de los factores devengados entre el 1 de agosto de 2004 y el 30 de julio de 2005, dándole aplicación a los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa; que se ordene reliquidar la pensión teniendo en cuenta los factores devengados desde el 1 de agosto de 2004 y el 30 de julio de 2005, indexados al 1 de agosto de 2005; que se ordene el pago de las diferencias causadas desde el 1 de agosto de 2005 hasta el momento en que se haga efectivo el pago; que se actualicen las sumas año por año a partir del 1 de agosto de 2005 y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

Como normas violadas señaló los artículos 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política; las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 137 y ss. c.2)

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la entidad demandada, por las siguientes razones:

Contrajo el problema jurídico a determinar si los actos administrativos acusados incurrieron en alguna causal de nulidad y si el demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de vejez, teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicios, a pesar de no existir aporte alguno de los mismos al Fondo de Pensiones.

Luego de pronunciarse sobre el principio de favorabilidad, indicó que la Ley 100 de 1993, cuya vigencia tuvo comienzo a partir del 1 de abril de 1994 para el orden nacional y hasta el 30 de junio de 1995 para el orden territorial (artículo 151), consagró el régimen de transición en su artículo 36. Que, a las personas que cumplieran con los requisitos previstos en el artículo citado, se les aplicaría la Ley 33 de 1985 que fue modificada por la Ley 62 de la misma anualidad.

Indicó que la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por el Consejo de Estado dijo que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores que conforman la base de liquidación pensional, sino que están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados durante el último año de servicios.

Sobre la aplicación de las sentencias SU-230 de 2015 y C-258 de 2013, indicó que se apartaba de su aplicación, comoquiera que esta Corporación se ratificó en su posición de entender que no existe taxatividad en los factores enumerados en la Ley 33 de 1985; adujo que la sentencia de constitucionalidad únicamente se limitó a estudiar la Ley 4 de 1992 y no la interpretación de múltiples normas en que se ha sustentado la liquidación de pensiones del régimen de transición de aquellos regímenes especiales del sector público. Citó la sentencia SU-427 de 2016.

En lo concerniente a los actos que deben entenderse demandados, aseveró que:

- *Por Resolución No. 2865 de 2005 se reconoció la pensión de jubilación;*
- *La Resolución No. 5686 de 2005 modificó la anterior resolución y aumento la cuantía de la mesada por retiro del servicio;*
- *La Resolución No. GNR 360451 de 17 de noviembre de 2015, negó la reliquidación de la pensión.*
- *La Resolución No. GNR 5699 de 8 de enero de 2016, resolvió un recurso de reposición contra la resolución de 2015 y reliquidó la pensión.*
- *La Resolución No. VPB 15902 de 8 de abril de 2016 reliquidó la pensión de jubilación.*

Por lo anterior, consideró que, en aplicación analógica del artículo 163 del CPACA, se deben entender demandados también los actos anteriores al acto demandado, es decir, la Resolución No. 2865 de 2005 y la Resolución No. 5686 de 2005.

Hizo referencia a las pruebas obrantes en el plenario y, al descender al caso concreto, sostuvo que el actor adquirió el status el 10 de junio de 2000; que laboró al servicio del Departamento de Boyacá desde el 14 de enero de 1976 hasta el 29 de julio de 2005, por tanto, dijo, es beneficiario del régimen de transición y se debe aplicar la Ley 33 de 1985.

Sostuvo que no es posible aplicar el principio de favorabilidad ni de indubio pro operario, en tanto no existe duda sobre la norma que regula la situación pensional del actor así como la interpretación que de ella se deriva, la cual fue establecida en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010.

Dijo que en el año anterior al retiro del servicio, el demandante devengó además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de servicios.

Sobre el fenómeno prescriptivo, indicó:

> *"Teniendo en cuenta que al demandante se le reconoció pensión de Jubilación, mediante* ***la Resolución No. 2865 de 2005*** *modificada mediante* ***Resolución No. 5686 de 2005*** *en virtud a que se acreditó el retiro definitivo del servicio, y se elevó solicitud de ajuste el 3 de septiembre de 2015 (f. 57): se establece que operó el fenómeno prescriptivo trienal sobre las mesadas pensionales* ***anteriores al 3 de Septiembre de 2012****, (...)"*

Indicó que proceden los descuentos por aportes de los factores que se incluyen en virtud de la sentencia, atendiendo lo devengado durante los últimos 5 años de vida laboral del demandante por prescripción extintiva en el porcentaje que correspondía.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, ***la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones****, parte demandada, presentó recurso de apelación (fl. 275 y ss.).*

Sostuvo que, conforme lo establece el régimen de transición, el beneficiario solamente mantiene la edad, el tiempo de servicio y el monto de la prestación; en consecuencia, aseveró, el régimen anterior no puede ser aplicado en su integridad. Citó las sentencias C-258 de 2013 y SU-427 de 11 de agosto de 2016 y dijo:

> *"...la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 que fue ratificada y extendida por la sentencia SU-230 de 2015, las rodea total credibilidad y obligatorio cumplimiento para los Jueces de la República, debido a que la jurisprudencia es fuente de derecho y adicional a ello bajo los mandatos jurisprudenciales de considerar el control abstracto de constitucional (sic.) realizado por la Corte como creador de Doctrina Constitucional; (...)" (fl. 277)*

Adicionalmente, sostuvo que la sentencia C-258 de 2013, establece en la ratio decidendi que el régimen de transición se aplica a aquellos que acrediten los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no solo a los Magistrados y Congresistas. Citó la sentencia SU-427 de 2016 proferida por la Corte Constitucional para decir que se varió el precedente jurisprudencial y se explicó que el IBL se debe calcular con base en el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término de traslado para alegar de conclusión, la entidad demandada guardó silencio, por su parte, el actor, ***Miguel Ángel Tobos González,*** *solicitó se*

confirme la sentencia de primera instancia por compartir la totalidad de argumentos expuestos por la jueza a quo (f. 308)

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora 121 Delegada ante este Tribunal en su concepto de fondo (fls. 309 y ss.), opina que la sentencia apelada amerita ser confirmada.

Hizo alusión a los antecedentes del caso, al régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993 y su alcance, para ello, indicó que existen dos tesis que son: i) aquella fijada por las sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 proferidas por la Corte Constitucional y ii) la fijada por el Consejo de Estado en sentencias de 9 de febrero de 2017 y de 23 de marzo de 2017. Citó la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010 y dijo que ésta constituye precedente de obligatorio cumplimiento.

Sostuvo que la sentencia SU-230 de 2015 le dio un alcance a la sentencia de constitucionalidad que nunca otorgó, en tanto se indicó de forma clara que sus consideraciones no tendrían alcance respecto de los demás regímenes pensionales, los que por sus especiales connotaciones merecían un estudio particular; que se refirió a una sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia que, a su vez, había estudiado el caso de una reliquidación pensión de un trabajador oficial del Banco Popular.

Indicó que no se configura un abuso de derecho, en tanto no se evidencia que el demandante, injustificadamente, haya presentado incrementos desproporcionados que lleven a afectar la sostenibilidad financiera del sistema o a obtener el reconocimiento y pago de la pensión con fraude a la ley.

VI. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones contra la sentencia proferida el ***2 de agosto de 2017*** *por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por* ***Miguel Ángel Tobos González.***

6.1. Cuestión previa: De los actos administrativos demandados:

La jueza a quo, indicó que se declararía, además de los actos acusados, la nulidad de las Resoluciones No. 2865 y 5686 de 2006, en virtud de la aplicación analógica del artículo 163 del CPACA.

El artículo 163 de la Ley 1437 de 2011 el cual dispone:

> *"**Artículo 163. Individualización de las pretensiones.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración **se entenderán demandados los actos que los resolvieron.***
>
> *Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda." –Negrilla fuera de texto-*

La norma trascrita, hace referencia a que en virtud de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, se deben entender demandados los actos administrativos que ***resolvieron los recursos del acto demandado.***

Situación distinta se presenta en este caso pues, oficiosamente, el a-quo declaró la nulidad de actos administrativos ***surgidos como consecuencia de una actuación administrativa anterior*** *a la que dio lugar a los actos administrativos que ahora se acusan.*

El titular de una prestación periódica puede pedir su reliquidación con posterioridad a la firmeza de los actos iniciales. Así lo reseñó la Sección Primera del Consejo de Estado mediante sentencia de tutela de 30 de octubre de 2014 en el proceso con radicación número 11001-03-15-000-2014-01252-00:

> *"Dado lo anterior, lo que se evidencia es que el Tribunal Administrativo del Meta al exigir que se demandara tanto el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, como el que negó el reajuste de la misma, olvidó analizar realmente cuál era el objeto de la demanda, pues la actora no cuestiona el reconocimiento de la pensión, solamente que en la liquidación de la misma no se incluyeron todos los factores establecidos en la ley, situación por la cual solicitó la únicamente la reliquidación.*
>
> *De otro lado, es importante señalar que el Consejo de Estado en sentencia de 19 de enero de 2006 con radicado 2003-04682-01 M.P Tárcisio Cáceres, sobre este tema, indico:*
>
> > *"Y se advierte que cuando se trata de una NUEVA PETICIÓN DE RELIQUIDACION PENSIONAL, para incluir factores pensionales, no es necesario acusar en nulidad el **ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL** que tiempo atrás se dictó.*

> *Normalmente este acto es demandable cuando en su momento contra él se interpone recurso en vía gubernativa con la finalidad ya señalada, sin que haya de por medio una posterior PETICIÓN DE RELIQUIDACIÓN con su propio acto administrativo resolutorio". (fl.4)*
>
> *Así las cosas, y teniendo en cuenta los poderes del juez de constitución, la sala observa que **el acto administrativo que negó el reajuste de la pensión de jubilación conlleva la manifestación de la voluntad de la administración frente a la solicitud de reliquidación de la pensión, por lo cual no es obligatorio demandar a su vez el acto de reconocimiento de la pensión como el exige el Tribunal Administrativo del Meta, permitir dicha exigencia amparado en el artículo 138 de C.C.A. es desconocer los derechos fundamentales de la actora, y permitir la presencia de una defecto sustantivo por indebida aplicación de la norma y desconocimiento del precedente de esta Corporación.** " Negrilla propia.*

Implica lo anterior que las manifestaciones de la administración que con anterioridad a la actuación demandada hayan decidido sobre el derecho pensional, de una parte, no requieren ser demandados y, de otra, no afectan el derecho reclamado, sin perjuicio de la prescripción que pueda surgir como consecuencia de la pasividad de la interesada.

*Así entonces, se modificará el numeral **tercero** de la sentencia de primera instancia para declarar únicamente la nulidad de los actos que fueron demandados.*

*Ahora bien, en la pretensión primera se observa que el actor solicitó la nulidad de la **Resolución No. 360451 de 17 de noviembre de 2015**, por la cual se negó la reliquidación de la pensión; no obstante, esta **fue revocada** por la Resolución No. 5699 de 8 de enero de 2016 que, en su artículo primero resolvió "**revocar en todas y cada una de sus partes la Resolución 360451 de 17 de noviembre de 2015** (...)" (f. 76 vto.)*

Lo anterior quiere decir que la resolución acusada por el demandante fue expulsada del ordenamiento jurídico; en consecuencia, la Sala adicionará la sentencia y se declarará inhibida para pronunciarse sobre su legalidad.

6.2. De la obligatoriedad de las sentencias de unificación.

*La Ley 1437 de 2011, tiene como una de sus finalidades fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar **procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa.***

*Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de **unificación jurisprudencial del Consejo de Estado** a fin*

de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos.

El artículo 270 del CPACA preceptúa:

> *"Para los efectos de este Código se tendrán como **sentencias de unificación** jurisprudencial **las que profiera o haya proferido** el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social **o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia**; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009." (Negrilla fuera de texto)*

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación previó:

> ***"Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, **deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**" -Resaltado fuera de texto. -*

En efecto, si la función de unificar los criterios e interpretaciones del ordenamiento jurídico está ***confiada a los órganos de cierre de las instancias en las distintas especialidades de la jurisdicción****, son estos criterios los que deben prevalecer ante las distintas interpretaciones de la ley que otros jueces de todo orden puedan tener en garantía de los bienes jurídicos prenombrados. De manera que el margen de interpretación normativa de las autoridades está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los altos Tribunales.*

6.3. De los factores salariales en el régimen de la Ley 33 de 1985 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010, expediente con Radicación No. 25000-2325-000-2006-7509-01, luego de examinar las distintas posiciones jurisprudenciales sostenidas por esa Corporación, se detuvo en señalar la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, el principio de progresividad que debe orientar las decisiones en materia de prestaciones sociales y el principio de favorabilidad que debe atenderse en la interpretación de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, concluyó que:

> *"...en consonancia con la normatividad vigente y las directrices trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación por sus servicios, **independientemente de la denominación que se les dé**, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, **entre otros**, sólo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador puede verse enfrentado.*
>
> *Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación-, esto es a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efecto de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*
>
> *No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como se expuso en las consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye **un referente normativo** que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir en el momento de efectuar el reconocimiento pensional." Resaltado fuera de texto.*

Así pues, en casos de reliquidación de pensiones de personas en régimen de transición de Ley 100 de 1993, el Consejo de Estado tiene sentados como criterios, en primer lugar, que el monto de la pensión no puede desprenderse del régimen anterior aplicable; y, en segundo lugar, que en materia de factores pensionales las Leyes 33 y 62 de 1985 los señalaron de manera enunciativa y, en consecuencia, deben incluirse todos los que tengan carácter salarial devengados en el último año de servicios.

En consecuencia, la Sala adopta el criterio jurisprudencial de Sala de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado por constituir precedente de obligatorio cumplimiento.

6.4. De las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Sea lo primero reiterar que el pronunciamiento contendido en la Sentencia C- 258 de 2013 tuvo como destinatarios a los pensionados con régimen de Congresistas y

a los Magistrados de Alta Corte[1], ello en interpretación del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992[2].

En segundo lugar, no se pasa por alto, las distintas sentencias proferidas en vía de tutela por el Consejo de Estado en materia del IBL que corresponde aplicar a

---

[1] *"...4.1.1. Alcance del control constitucional rogado de las leyes*

La Constitución confirió a la Corte Constitucional muy amplios poderes en orden a preservar la supremacía y la integridad del ordenamiento superior. Sin embargo, como elemento de garantía del sistema y de preservación del principio de separación de poderes, cuando la Corporación conoce de una demanda ordinaria de inconstitucionalidad, no puede ejercer un control oficioso sobre la constitucionalidad de todo el precepto u otras disposiciones, sino que su análisis debe circunscribirse a la norma acusada y a los cargos propuestos por el demandante.

En este caso, los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas; entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación –artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado – artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-.

En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros[1]. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992."
Subrayado y resaltado fuera de texto.

[2] *"ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.*
PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 que, dicho sea, no representan una línea pacífica, en tanto unas han considerado que debe ser el previsto en la Ley 100 de 1993 y otras, por el contrario, que debe aplicarse el establecido en la Ley 33 de 1985[3].

Ahora, la Sentencia SU-230 de 2015 lo que hizo fue es extender la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013.

Mención particular merece la sentencia de tutela proferida el ***15 de diciembre de 2016*** *proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Ponente Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en el proceso con Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01334-01, Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social – UGPP y demandados: Consejo de Estado Sección Segunda – otro, que dejó sin efecto la sentencia de unificación que profiriera la Sección Segunda del Consejo de Estado sentencia el 25 de febrero de 2016 dentro del proceso número 25000 2342 000 2013 01541-01 (4683-2013) con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve en la que, en vía ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho, había determinado que para los beneficiarios del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el IBL era el determinado en la Ley 33 de 1985.*

Ahora, en cumplimiento de la sentencia de tutela acabada de mencionar, la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia de reemplazo el 9 de febrero de 2016[4] *providencia que inició sus consideraciones con la siguiente precisión "Desde ahora, la Sala advierte que la sentencia en los términos que aquí se adopta obedece, simple y llanamente, al cumplimiento del fallo de tutela del 15 de diciembre de 2016, empero, no constituye una modificación al criterio interpretativo que del régimen de transición*

---

[3] *Las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de mayo de 2016 con ponencia del Consejero Doctor Alberto Yepes Barreiro en el proceso radicado No. 11001-03-15-000-2016-00132-01, siendo accionado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A y por el Consejero Doctor Carlos Moreno Rubio en el expediente Radicado No. 11001-03-15-000-2015-03135-01 en la que fue demandado el Tribunal Administrativo del Cesar, coinciden en señalar que, en materia del IBL de pensiones, cuando se trata de resolver casos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe seguirse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 conforme a las cuales, el mencionado asunto debe dilucidarse atendiendo las previsiones de la Ley 100 de 1993 y no las señaladas en el régimen anterior. Por el contrario, la sentencia de tutela proferida en el Expediente con Radicación No. 11001031500020160009400 el 22 de septiembre de 2016, con ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera señaló el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, por consecuencia, en vía de hecho.*

[4] *Consejero Ponente Doctor Cesar Palomino Cortes*

consagrado en la ley 100 de 1993, ha sostenido la Sección Segunda de esta Corporación..." postura que se concreta en las conclusiones[5]. En estas condiciones, esta decisión no tiene el carácter de precedente en cuanto su decisión.

Cabe resaltar que el máximo Tribunal de cierre de la jurisdicción contenciosa en decantada jurisprudencia ha señalado que ***el régimen de transición implica el monto*** y que cuando se acude a la norma anterior para efectos pensionales debe respetarse el principio de inescindibilidad que impone la aplicación integral de la norma, ***criterio que ha imperado por casi 20 años de manera invariable.***

Sobre el tema el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, ha sostenido de ***forma pacífica***, que el régimen precedente relativo a edad, tiempo de servicio ***y monto de la pensión***, aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del

---

[5] "...5. Conclusiones:
5.1. El Consejo de Estado, reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo.
5.2. No se hace evidente que el reconocimiento pensional, bajo el criterio del Consejo de Estado afecte las finanzas públicas, menos cuando el impacto fiscal no pueden limitar el acceso a las prestaciones sociales y pensionales. Además, ha sido línea jurisprudencial de esta Corporación ordenar los descuentos para efectos de cotización, sobre los factores salariales que no se hubieren hecho, pues se repite, en Colombia, no hay pensiones graciosas, salvo, la especialísima del personal docente.
5.3. La mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componente de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.
5.4. En el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra consagrado el principio de favorabilidad y conexo a éste, el principio de inescindibilidad, en la medida que la norma que se adopte debe aplicarse en integridad y se prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales. Al escindir la norma se compromete el derecho a la igualdad en materia laboral, el principio de favorabilidad de raigambre constitucional, los derechos prestacionales ciertos e indiscutibles que contiene el mínimo de beneficios en favor de la parte más débil de la relación laboral y su efectividad.
5.5. La regla de interpretación insita en la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con la sentencia SU-530-15 y T-615-16, a todos las situaciones amparadas por el régimen de transición, y cobijadas tanto leyes generales como especiales anteriores a la ley 100 de 1993, no contiene todos los elementos necesarios para resolver cada uno de los casos particulares del régimen de transición que ocupan la atención de esta Corporación como órgano de cierre y que constituyen el precedente en la jurisdicción Contenciosa Administrativo.
5.6 Aplicarse de tajo la línea jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en las pensiones amparadas por regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad, y favorabilidad, compromete los derechos fundamentales del pensionado. También compromete la autonomía del juez contencioso administrativo, que es el único competente constitucionalmente, para el control de legalidad de los actos administrativos particulares y concretos a la luz de los principios constitucionales y legales.

tránsito normativo, ***regula la materia relacionada con el ingreso****, así quedó precisado en la sentencia de septiembre 21 de 2000 Expediente No. 470/99 Consejero Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda. Igualmente, sobre los alcances del régimen de transición la Sección Segunda – Subsección "B" del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, sostuvo que "...son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio. En el caso presente, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen... ". Aspecto que de forma aún más amplia y con análisis de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, se abordó en la sentencia proferida el 9 de febrero de 2017 por la* ***Sala Plena*** *de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que por su importancia se cita en extenso:*

> *"...La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha entendido, en materia pensional que el "monto": hace referencia "no sólo al porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección."*[6]
>
> *La referida Corporación, sobre ese tópico, ha precisado que:*
>
> *"...'monto' ...suma de varias partidas...advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra monto...no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir, el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de la pensión es sólo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra* ***monto de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho*** *que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de factores que deben tenerse en cuenta..."*[7]
>
> *También, sobre el mismo concepto, ha expresado esta Alta Corporación, que:*
>
> *"...interpretación del Consejo de Estado ha sido uniforme desde hace 20 años respecto del concepto de "monto", entendiendo que el monto e ingreso base de liquidación, es solo un concepto, el cual se caracteriza por ser inescindible..."*[8]
>
> *Por su parte, la Corte Constitucional, sobre la noción de "monto", ha entendido que:*

---

[6] *Consejo de Estado. Sentencia de Unificación del 26 de febrero de 2016*

[7] *Consejo de Estado. Radicación 470-99 sentencia del 21 de septiembre de 2000. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.*

[8] *Consejo de Estado. Radicación 4683-2013 .Sentencia 19 de noviembre de 2015 C.P. Gerardo Arenas Monsalve*

"...el monto de la pensión de vejez (entendido como porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación)"[9]

"...el concepto de monto debe comprender tanto el ***porcentaje*** *aplicable como la* ***base reguladora*** *señalada en dicho régimen,... el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible..."*[10] *(negrilla fuera de texto)*

La misma Corte Constitucional, adujo en relación con el concepto de monto, ha identificado dos acepciones: "en cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho."[11]

*En igual sentido, el concepto de "base reguladora", ha sido entendida en la doctrina española y en el contexto de la seguridad social, como la "****media aritmética de las bases de cotización actualizadas de los últimos ... años cotizados****, eliminando las pagas extras y actualizando las bases de cotización más antiguas en función del IPC acumulado desde el año que se considera la base de cotización a la fecha de jubilación...conseguir una pensión de jubilación con un importe elevado requiere tener muchos años cotizados, al menos más de 30 y unas* ***bases de cotización lo más altas posibles*** *en los últimos quince años de la vida laboral*[11] *(negrilla del texto)*

Por su parte, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL-, indica que: "El concepto tasa de reemplazo hace referencia a la relación entre el nivel de la pensión y el nivel de ingresos con que se realizaron las aportaciones a lo largo del ciclo laboral del individuo.[12]

Colorario de lo anterior, es que los componentes de la pensión en su doble naturaleza, por un lado se relacionan entre sí, y por otro, con la nación de salario como unidad de medida para efectos pensionales.

Así por ejemplo, las normas invocadas en el acápite anterior, muestran que el legislador inicialmente fijó el monto de la pensión sobre el 75% del promedio del ***salario devengado*** *y posteriormente sobre 75%* ***el salario cotizado****, finalmente establece el principio que el monto de la pensión debe mantener una relación directa y proporcional al monto de cotización y a las semanas cotizadas.*
(...)

Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

---

[9] *Corte Constitucional. Sentencia T-1225-08*
[10] *Corte Constitucional SU230/15. Sentencia del 29 de abril de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*
[11] *T-060 de 2016*
[12] *Consulta en ULR http://www.cepal.org/es/publicaciones/7020-determinantes-tasas-reemplazo-pensiones-capitalizacion-individual-escenarios*

También, el artículo 36, inciso 3°, de la Ley 100 de 1993 fija una regulación específica del ingreso base de liquidación e indica la forma de establecerlo, lo hace en similares términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993, que es el propio para establecer el ingreso base de liquidación de pensión amparada integralmente por la ley 100 de 1993. Entonces, la referida regla no debe aplicarse al régimen de transición menos cuando el régimen anterior contiene todos los componentes de la pensión, entre ellos, indica cómo establecer el ingreso base de liquidación.

Escindirse el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a la situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

La Corte Constitucional, respecto del principio de prohibición de regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, ha señalado:

"El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional."[13]
(...)

De manera que, si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional, inicialmente coincidió en la noción de salario en sentido amplio, y en el concepto de monto e ingreso base de liquidación como una unidad inescindible, los que en el contexto del régimen de transición, debía aplicarse el régimen anterior en integridad, lo que guarda concordancia con la línea jurisprudencia del Consejo de Estado, empero, finalmente aquella Alta Corporación, concluyó que el ingreso base de liquidación, no hace parte del régimen de transición y que debe establecerse con reglas contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente que los factores para ese fin, solo pueden tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

En esas condiciones se evidencia que la Corte Constitucional mutó su tesis en relación con la interpretación del régimen de transición. También en ese contexto la noción de salario, pues la restringió al indicar que los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión, son únicamente sobre los que se hubiere cotizado.
(...)

(x).- Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta el principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad

[13] *Corte Constitucional sentencia C-288-11. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.*

laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios."[14]

Lo esbozado a lo largo de esta providencia, autorizan a la Sala para reiterar la tesis dominante en esta Corporación y sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario y de aplicar de tajo la tesis de las sentencias C-258-13, SU-230-15 y T-615-16 de la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición es, simple y llamante, atentatorio de los principios de progresividad y favorabilidad y compromete los derechos laborales de rango fundamental.

Sumando a lo anterior, no se trata simplemente de discrepancias en la interpretación del régimen de transición, sino que en realidad de verdad lo que se evidencia es un problema estructural, que radica en la tendencia de adoptar como política pública una posición restrictiva de la noción de salario en aras de la estabilidad de las finanzas estales, lo que no es nuevo, sino que remonta a los años ochenta.

Ahora bien, la Sala recuerda que el Acto Legislativo 03 de 2011, que eleva a rango constitucional el principio de sostenibilidad fiscal, previó:

*"**ARTÍCULO** 1°. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:*

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado

***PARÁGRAFO.** Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.*

En este orden de ideas, es evidente que los derechos fundamentales tienen primacía sobre las finanzas públicas y estas debe ser el mecanismo para alcanzar de manera progresiva los fines del Estado Social de Derechos entre estos la garantía de los derechos fundamentales..."[15] *(Subrayado fuera de texto original)*

A más de lo anterior, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, proferida con ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera[16] señaló **el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado**, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, por consecuencia, en vía de hecho. Se dijo allí:

---

[14] *Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), sentencia de 24 de noviembre de 2015. MP. Gabriel Valbuena Hernández.*
[15] *Radicado 25000 2342 2000 0130 1541 00 No. Interno 4683*

[16] *Expediente: 11001031500020160009400*

"...Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.

Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[17], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).
(...)
Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015, no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.
(...)
En ese orden de ideas, se tiene que el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la sentencia de 25 de noviembre de 2015[18], efectuó una debida interpretación de la norma aplicable al caso, toda vez que le dio el alcance, tanto al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con el régimen de transición para los empleados públicos, como a la Ley 33 de 1985; acogiendo de manera integral la jurisprudencia del Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

En cuanto a la debida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cabe recordar que este fue determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995, que estudió la exequibilidad de ese artículo, precedente que, de conformidad con la jurisprudencia[19] de esa Corporación, resulta de obligatorio acatamiento.
(...)
En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[20], para el asunto objeto de controversia puesta en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso

---

[17] *Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.*

[18] *Proferida en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el número 05-001-33-33-009-2013-00410-01, promovido por la señora MARÍA OTILIA MARTÍNEZ MONTOYA en contra de PENSIONES DE ANTIOQUIA.*

[19] *Ver sentencias C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-640 de 1998.*

[20] *Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2015. Expediente radicado número: 25000234200020130154l-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.*

> *administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993...." (Subrayado fuera de texto)*

Decisión que fuera confirmada el 2 de febrero de 2017 por la Sección Segunda, Subsección "A", con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández, con la siguiente conclusión:

> *"...Atendiendo los anteriores planteamientos, la Sala concluye que el Tribunal Administrativo de Antioquia no incurrió en el defecto sustantivo alegado porque como se vio empleó las normas vigentes y aplicables al caso puesto en su conocimiento, esto es, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985, interpretadas a la luz de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por esta Sección del Consejo de Estado.*
>
> *En ese sentido, tampoco existe la violación del precedente deprecada por PENSIONES DE ANTIOQUIA toda vez que el Tribunal utilizó, para solucionar el debate jurídico, los parámetros dictados por esta Corporación en relación a la normativa aplicable al ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión de jubilación de la demandante, en consecuencia su proceder no transgredió el derecho constitucional al debido proceso razón por la cual la providencia impugnada será confirmada..."*

Adicionalmente, ha de resaltarse que, en sentencia de tutela proferida también por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio el ***23 de marzo de 2017****, expediente con Radicación No.: 11001-03-15-000-2016-03366-01 señaló:*

> *"...En esa medida, en el presente caso se presenta el defecto alegado por la parte demandante, pues si bien el a quo para acceder al amparo deprecado tuvo en cuenta la presentación de la demanda ordinaria, lo cierto es que las autoridades judiciales acusadas no consideraron que la interpretación de las normas que rigen el régimen de transición, así como de las reglas contenidas en* ***las sentencias que constituyen precedente, no podía oponérsele a la tutelante sin tener en cuenta el momento en que se consolidó su derecho pensional.***
>
> *En igual sentido, se advierte que la administración en su momento debió reconocer el derecho a la actora* ***con observancia en las normas aplicables al caso concreto y al criterio del máximo órgano jurisdiccional competente sobre la materia, sin que el cambio legislativo o la interpretación constitucional que se hiciera frente a una norma****, como lo fue el que efectuó la Corte Constitucional con la sentencia C-258 de 2013, variara la decisión que en derecha correspondía.*
>
> *De otra parte, la Sala no puede ignorar que es la misma Constitución Política en su artículo 48 la que establece que: i) el derecho pensional se adquiere al momento de cumplir los requisitos de edad, tiempo de servicio,*

> *semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley; ii) se deben respetar los derechos adquiridos; y, iii) por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.*
>
> *Por lo que, se concluye que los jueces ordinarios si bien conocieron y respetaron las reglas que fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, lo cierto es que no tuvieron en cuenta que* ***su aplicación dependía de la época en que se consolidó el derecho pensional del empleado, el cual, para el caso concreto se enmarcaba en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con la sentencia del 4 de agosto de 2010.***
>
> *De manera que, es preciso poner de presente que dichas autoridades judiciales ordinarias, de conformidad con los artículos 228, 230, 241 y 243 de la Constitución Política de Colombia, gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y, en sus providencias, solo están sometidas al imperio de la Ley. No obstante, ello debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos del pensionado,* ***quien logró la materialización de manera legal su derecho pensional, por lo que mal podría aplicarse de forma retroactiva una tesis sobre la interpretación normativa del régimen de transición propuesta años después de la consolidación de su derecho prestacional****..." (Resaltado fuera de texto)*

Y, tampoco deja de mencionarse la sentencia proferida por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 12 de julio de 2017, en el proceso con radicación número 11001-03-15-000-2017-01454-00 con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, Sala de la que hizo parte el Honorable Consejero que hoy estudia el caso, analizando allí las tesis de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para concluir que, ante la diferencia de criterios, el juez puede adoptar la que considere apropiada, **en virtud a la libertad de interpretación y autonomía del juez.** Al respecto, sostuvo:

> *"...En efecto, la autonomía e independencia de los jueces reconocida a nivel constitucional (C.P. Artículos 228 y 230), son facultades que le otorga el Estado y cuya limitación se enmarca por la constitución y las leyes.*
> *Desde esa perspectiva, los jueces de la República en su labor de administrar justicia pueden a través de una carga argumentativa suficiente, clara y explícita aplicar e interpretar los mandatos abstractamente definidos por el legislador; de igual forma, apartarse de los dictados de los fallos de sus superiores o adoptar una de las tesis cuando sobre el mismo asunto versen diversas posiciones.*
>
> *Es precisamente de esta prerrogativa de la cual se revisten los funcionarios judiciales para optar la interpretación que según su leal saber y entender considere más apropiada y frente a la cual le está vedado al juez constitucional cualquier consideración; máxime cuando el juez natural en un legítimo ejercicio de la autonomía e independencia judicial decidió razonablemente una de las posiciones que puede asumirse sobre el tema en discusión.*

"En esa medida, no es cierto como el accionante lo afirma que el ad quem desconoció la posición de esta Corporación, sino que ***acogió su decisión con fundamento en la interpretación que consideró era la correcta respecto a los factores salariales y el IBL que debía aplicarse para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985.***

Por lo tanto, ***no puede afirmarse que la autoridad demandada hubiese incurrido en desconocimiento del precedente judicial*** *del Consejo de Estado o en un defecto sustantivo, toda vez que decidió acoger una de las posiciones desarrolladas al respecto por las Altas Cortes.*

Igualmente, la Subsección encuentra que la decisión cuestionada cuenta con la carga argumentativa suficiente, lo que obliga a descartar la vulneración de derechos fundamentales alegados.

Finalmente, debe aclararse que el criterio que venía aplicando esta Subsección, en sede de tutela, en casos similares al que hoy es objeto de estudio, era la posición sostenida por esta Corporación en los precedentes fijados en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 por el Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila y el 25 de febrero de 2016 por el Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

Sin embargo, asumirá como nueva tesis la desarrollada en la presente acción de amparo, ***en aras de garantizar el respeto al principio de autonomía e independencia judicial que asiste a las autoridades judiciales.*** *En conclusión: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A al proferir el fallo del 30 de noviembre de 2016 no incurrió en un defecto sustantivo ni en desconocimiento del precedente, toda vez que* ***ante las diferencias de criterios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado podía optar por una de ellas.*** *" –Negrilla fuera del texto original-.*

En ese orden de ideas, se aplicará al caso el criterio unificado de la Sección Segunda en el sentido de admitir que el monto de la pensión es parte integral del sistema transicional de pensión y que los factores a tener en cuenta, para estos casos, son todos aquellos que constituyen salario.

Se adopta pues el criterio expuesto por el Consejo de Estado, no solo por preservar los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, sino porque, además, a juicio de esta Corporación, garantiza los derechos adquiridos y respeta los principios de progresividad y favorabilidad de los derechos laborales; e igualmente los principios de confianza legítima y progresividad que protege el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y considera como un compromiso por parte del Estado, para garantizar la efectividad de los derechos laborales, criterio que ha expuesto el Consejo de Estado y que este Tribunal comparte plenamente.

Bajo el anterior esquema se examinará el caso concreto.

6.5. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

*Esta Corporación en sentencia de 19 de febrero de 2016, radicado 15238-3331-703-**2014-00096**-01, se ocupó de analizar lo relativo al periodo de los descuentos en aportes a pensión, cuando en virtud de la aplicación de la sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010, se incluyen en la reliquidación pensional, nuevos factores respecto de los cuales no se ha realizado el correspondiente descuento.*

Examinó en tal providencia el ***carácter parafiscal*** *de los aportes a la Seguridad Social[21] y señaló que conforme al Título XVII del E.T. artículo 187* ***la acción para su cobro prescribe en el término de cinco (5) años****, criterio sostenido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencias de 26 de marzo de 2009[22] y 2 de diciembre de 2010[23].*

Así las cosas, si bien es cierto que la pensión surge como consecuencia del ahorro mediante los aportes efectuados durante toda la vida laboral, no lo es menos que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe, además, como se ha precisado, en ánimo a salvaguardar los derechos de personas de protección constitucional especial, como son los pensionados.

Como corolario de lo expuesto, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, lo ***es durante toda la bien laboral,*** *no es menos cierto que ésta –la obligación- se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales.*

---

[21] C- 711 de 2001 "(...)Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal. (...)"

[22] Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Banco de Bogotá contra el Instituto de Seguros Sociales, en sentencia de 26 de marzo de 2009.

[23] Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, sentencia de 2 de diciembre de 2010.

En suma, en este caso, se ordenará realizar los descuentos sobre el retroactivo ***durante los últimos cinco (5) años laborados****, por prescripción extintiva de la obligación, criterio que ha adoptado ya en forma retirada este Tribunal*[24].

Se precisa acá que, a juicio de esta Sala, ***en este aspecto la sentencia es constitutiva de la obligación*** *en tanto, antes que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ni el Estado, ni el empleado estaban obligados a aportes por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985 y, en cualquier caso, si de aquellos a los que estaba obligado en los términos de la mencionada ley, algunos dejaron de efectuarse, tal deber de cobro tenía que ejercerse en los términos de imprescriptibilidad que antes se explicaron.*

En consecuencia, sólo cuando el demandante – pensionado – pide la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador ***respecto de los factores distintos*** *a los que se señalaron en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.*

Por último, dirá la Sala que aplicar la prescripción a los aportes parafiscales, resulta equitativo si se tiene en cuenta que, a las mesadas pensionales también, de ser procedente, se aplica la prescripción propia de los derechos laborales.

VII. Del Caso Concreto.

7.1. De lo probado.

El señor Miguel Ángel Tobos González, a través de apoderado, solicitó se declare:

* *La nulidad parcial de la* ***Resolución No. GNR 5699 de 8 de enero de 2016****, expedida por la Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones que, al resolver un recurso de reposición, resolvió revocar la Resolución No. 360451 de 2015 y, en su lugar, reliquidar la pensión de jubilación (f. 72-76).*

[24] *Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2, sentencias de 11 de marzo de 2016 con radicación No. 2013-00080-02; 2015-00040-02; 2014-00513-00, con ponencia del doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana. Así mismo, sentencias proferidas por la Sala de Decisión No. 3 con ponencia de la suscrita magistrada de fecha 8 de marzo de 2016 y radicación número 2013-00212-02, 2013-00027-01, 2013-00200-02 y 2013-00379-02.*

* *La nulidad parcial de la **Resolución No. VPB 15902 de 8 de abril de 2016**, expedida por el Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones, que resolvió un recurso de apelación y resolvió modificar la Resolución No. GNR 5699 de 8 de enero de 2016 y, en su lugar, reliquidar la pensión de jubilación (f. 78-84 vto.)*

*El demandante nació el **10 de junio de 1945** (f. 26); adquirió el status de pensionado el **10 de junio de 2000**; prestó sus servicios en el Departamento de Boyacá desde el **14 de enero de 1976** hasta el **29 de julio de 2005**, en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 13 (f. 33).*

*Por Decreto No. 648 de 21 de julio de 2005, expedido por el Gobernador de Boyacá, se aceptó la renuncia del actor al cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 13, a partir del **30 de julio de 2005** (f. 90).*

7.2. De los Antecedentes Administrativos:

Mediante la Resolución No. 2865 de 2005, el Instituto de Seguros Sociales reconoció a favor del señor Miguel Ángelo Tobos González, una pensión de jubilación en cuantía de $899.231, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio (f. 85-87).

*La anterior resolución fue modificada por la Resolución No. 5686 de 2005, en tanto el demandante demostró el retiro del servicio. La pensión fue reconocida en cuantía de **$911.233**, efectiva a partir del 30 de julio de 2005 (f. 88-89)*

El demandante presentó solicitud de reliquidación de la pensión el 3 de septiembre de 2015; sin embargo, por la Resolución No. GNR 360451 de 17 de noviembre de 2015, la solicitud fue negada (f. 57-58 vto.).

El actor presentó recurso de reposición y en subsidio apelación. A través de la Resolución No. GNR 5699 de 8 de enero de 2016, se resolvió revocar la Resolución No. 36041 de 2015 y, en su lugar, reliquidar la pensión a partir del 3 de septiembre de 2012 en razón del fenómeno prescriptivo, conforme al régimen previsto en la ley 797 de 2003, en las siguientes cuantías:

- *2012: $1.332.172*
- *2013: $1.364.677*

- *2014: $1.391.152*
- *2015: $1.442.068*

A su vez, mediante la Resolución No. 15902 de 8 de abril de 2016, se resolvió el recurso de apelación presentado por el actor y resolvió reliquidar la pensión sobre los últimos 10 años, a partir del 3 de septiembre de 2012, en cuantías de:

- *2012: $ 1.332.421*
- *2013: $1.364.932*
- *2014: $1.391.412*
- *2015: $1.442.338*
- *2016: $1.539.984*

7.3. De los factores salariales:

Según el certificado de devengados obrante a folio 168, en el último año de servicio, esto es, desde el ***1 de agosto de 2004 hasta el 30 de julio de 2005****, el señor Miguel Ángel Tobos González devengó los factores:* ***asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones;*** *en efecto, su inclusión fue ordenada por la a quo.*

7.4. Modificación de la sentencia

A efecto de lograr que la sentencia sea un título ejecutivo es decir que contenga una obligación ***clara, expresa*** *y exigible, se modificará la sentencia para determinar las diferencias que se causaron en cada mesada pensional y se ordenará su reliquidación* ***desde el momento de causación del derecho****.*

Así entonces, la liquidación es la siguiente:

Mes (1/08/04 a 30/07/05)	***Asignación básica***	***Prima de navidad***	***Prima de servicios***	***Prima de vacaciones***	***Bonificación por servicios prestados***
Agosto	*1.244.000*				
Septiembre	*1.244.000*				
Octubre	*1.244.000*				
Noviembre	*1.244.000*				
Diciembre	*1.244.000*	*624.403*			
Enero	*1.312.000*				
Febrero	*1.312.000*				
Marzo	*1.312.000*				
Abril	*1.312.000*			*874.570*	

Mayo	*1.312.000*				
Junio	*1.312.000*		*765.331*		
Julio	*1.312.000*	*892.789*			*253.981*
TOTAL INGRESO	***15.404.000***	***1.517.192***	***765.331***	***874.570***	***253.981***
PROMEDIO ANUAL	***1.283.667***	***126.433***	***63.778***	***72.881***	***21.165***
IBL	***1.567.923***				
IBL *75%	***1.175.942***				

Valor reconocido por la R. 5868/05	*$ 911.233*
VALOR RELIQUIDADO	*$ 1.175.942*
DIFERENCIA	***$ 264.709***

Entonces, según lo probado, mediante la Resolución No. 5868 de 2005, se reconoció la pensión en cuantía de ***$911.233,*** *efectiva a partir del 30 de julio de 2005; no obstante, con la inclusión de los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio, el valor mensual de la pensión es de $1.175.942, es decir, dejaron de pagarse* ***$264.709*** *mensuales, valor que debe ser reajustado anualmente conforme al IPC[25] , lo cual reporta las siguientes diferencias mensuales faltantes en la pensión reconocida:*

AÑO	***IPC***	***PENSIÓN MENSUAL***	***Valores reconocidos por la R. VPB 15902/16***	***DIFERENCIA MENSUAL***
2005		*1.175.942*		*264.709*
2006	*4,85%*	*1.232.975*		*277.548*
2007	*4,48%*	*1.288.213*		*289.982*
2008	*5,69%*	*1.361.512*		*306.482*
2009	*7,67%*	*1.465.940*		*329.989*
2010	*2,00%*	*1.495.259*		*336.589*
2011	*3,17%*	*1.542.658*		*347.258*
2012	*3,73%*	*1.600.200*	*1.332.421*	*267.779*
2013	*2,44%*	*1.639.244*	*1.364.932*	*274.312*
2014	*1,94%*	*1.671.046*	*1.391.412*	*279.634*
2015	*3,66%*	*1.732.206*	*1.442.338*	*289.868*

[25] *ARTICULO. 14.- Reajuste de pensiones. Reglamentado por el Decreto Nacional 36 de 2015. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.*

2016	*6,77%*	*1.849.476*	*1.539.984*	*309.492*
2017	*5,75%*	*1.955.821*		*327.288*

Las diferencias serán pagadas a partir del ***3 de septiembre de 2012,*** *en razón a la prescripción declarada.*

En consecuencia, se modificarán los numerales ***cuarto*** *y* ***quinto*** *de la sentencia de primera instancia.*

7.5. De la Sentencia SU-427 de 2016:

La Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de ***11 de agosto de 2016*** *en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:*

> *"...5.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[26] de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.*
>
> *5.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y* ***que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[27].***
>
> *5.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen* ***ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario[28]****, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del*

---

[26] En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

[27] Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[28] Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

> *régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición,* ***obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral****, y por el contrario,* ***representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva*** *(...)."*
>
> *5.14.* ***En dichos eventos****, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013,* ***los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral****, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen* ***vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos*** *(...)."*[29]
>
> *5.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior,* ***evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión****..." (Resaltado fuera de texto)*

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado, enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un ***abuso del derecho*** *que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "...Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral."*

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, la siguiente fue la historia laboral del demandante en los últimos 10 años de servicios, período que se justifica atender en consideración a que esta sería la

---

[29] *Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), "si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

situación que en criterio de la Corte Constitucional podría llegar a denotar abuso del derecho:

Periodo	***Cargo***	***Entidad***
14 de enero de 1976 hasta el 29 de julio de 2005	*Profesional Universitario, Código 340, Grado 13*	*Departamento de Boyacá*

Adicionalmente, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia, fueron los que durante el último año de su historia laboral se devengaron, sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos.

En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

7.6. De los descuentos por aportes al empleado.

Los ***aportes para pensión*** *se harán sobre los factores que se incluyen en virtud de esta sentencia, atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral, por prescripción extintiva.*

La demandante, está obligado al pago del aporte a su cargo, atendiendo para ello el porcentaje establecido en ***la ley vigente para cuando se efectuó el pago.*** *En el caso de la demandante, en cualquier caso, el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.*

Ahora, los últimos 5 años de trabajo ocurrieron entre el ***1 de agosto de 2000 y el 30 de julio de 2005,*** *periodo para el cual, en materia de aportes para pensión se* ***aplicaba el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, reglamentada por el Decreto 510 de 2003.*** *Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.*

Si bien la jueza a quo ordenó los descuentos como se indica en este acàpite, omitió señalar las fechas que corresponden al periodo de los 5 años. En consecuencia, se modificará el numeral ***sèptimo.***

8. De las costas.

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

> *"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
> ***a)*** *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.*
> ***b)*** *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
> ***c)*** *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
> ***d)*** *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
> ***e)*** *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
> ***f)*** *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[30], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
> ***g)*** *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".*

[30] *"ARTÍCULO 365. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)".*

Ahora bien, dado que en los términos del numeral 3º del artículo 365 del CGP, habrá condena en costas en segunda instancia cuando el superior confirme ***totalmente*** *la del inferior, y como quiera que en este caso la sentencia será modificada, no se condenará en costas.*

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. ***Adicionar*** *la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja el* ***2 de agosto de 2017,*** *para declarar que la Sala se declara inhibida para pronunciarse sobre la legalidad de la Resolución No. 360451 de 17 de noviembre de 2015 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

2. ***Confirmar*** *la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja el* ***2 de agosto de 2017****, en el proceso iniciado por* ***Miguel Ángel Tobos González*** *contra la Administradora Colombiana de Pensiones, excepto los numerales* ***tercero, cuarto, quinto y séptimo*** *que se modifican. En su lugar se dispone:*

> ***"Tercero: Declarar*** *la nulidad* ***parcial*** *de las Resoluciones No. GNR 5699 de 8 de enero de 2016 y VPB 15902 de 8 de abril de 2016, en lo concerniente al régimen de pensiones aplicable y la cuantía de la mesada pensional, por las razones expuestas en la parte motiva.*
>
> ***Cuarto****: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, la Administradora Colombiana de Pensiones pagará las* ***diferencias*** *de los factores dejados de reconocer en la pensión de jubilación pagada a Miguel Ángel Tobos González, identificado con cédula de ciudadanía 4.110.151 de Duitama,* ***a partir del 3 de septiembre de 2012****, en* ***cuantía mensual*** *de:*

AÑO	*DIFERENCIA MENSUAL*
2012	*267.779*
2013	*274.312*
2014	*279.634*
2015	*289.868*
2016	*309.492*
2017	*327.288*

***Parágrafo:** La pensión a reconocer a partir de la ejecutoria de esta sentencia será de **UN MILLÓN NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTIÚN PESOS ($1.955.821)**. En adelante, la Administradora Colombiana de Pensiones, aplicará a la mesada pensional los reajustes anuales, conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 o las normas que la modifiquen.*

***Quinta:** Las sumas resultantes de la condena **serán indexadas mes a mes conforme al IPC** tal como lo ordena el inciso último del artículo 187 del CPACA.*

***Séptimo:** De la condena la Administradora Colombiana de Pensiones deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General en **pensiones,** durante **los últimos cinco (5) años de su vida laboral, comprendido entre el 1 de agosto de 2000 y el 30 de julio de 2005, por prescripción extintiva, en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo no podrá superar el valor de la condena a favor del demandante."*

3. ***Sin costas** en esta instancia.*

4. *En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.*

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Miguel Ángel Tobos González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15001-33-33-008-2016-00041-01

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, diciembre catorce (14) de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Ana Isabel Pérez González***
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP
*Expediente: 15001-33-33-008-**2016-00102**-01*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida el ***17 de agosto de 2017****, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja que negó las pretensiones de la demanda presentada por* ***Ana Isabel Pérez González.***

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (f. 2-14):

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ***Ana Isabel Pérez González*** *a través de apoderado judicial, pidió declarar:*

- *La nulidad parcial de la* ***Resolución No. 0001720 de 3 de febrero de 2004****, expedida por el Subgerente de Prestaciones Económicas de Cajanal, por la cual se reconoció una pensión a favor de la demandante por ser madre de hija inválida.*
- *La nulidad parcial de la* ***Resolución No. 001970 de 15 de abril de 2005****, expedida por la Asesora de la Gerencia General de Cajanal, que reliquidó la pensión de jubilación.*
- *La nulidad de la* ***Resolución No. RDP 023169 de 25 de julio de 2014,*** *expedida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la UGPP, que negó la reliquidación de la pensión.*
- *La nulidad de la* ***Resolución No. RDP 126685 de 1 de septiembre de 2014****, expedida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de*

la UGPP que, al resolver un recurso de reposición, resolvió confirmar la Resolución No. RDP 23169 de 2014.

* *La nulidad de la* ***Resolución No. RDP 030090 de 30 de septiembre de 2014****, expedida por el Director de Pensiones de la UGPP, que resolvió un recurso de apelación, confirmando la Resolución No. RDP 23169 de 2014.*

A título de restablecimiento del derecho, pidió:

* *Se ordene la reliquidación de la pensión, con base en lo cotizado entre el 1 de abril de 1994 y el 30 de marzo de 2004, fecha del retiro del servicio, junto con la actualización anual de dichas sumas de dinero con base en el IPC.*
* *Que se paguen las diferencias entre el valor real y el valor reconocido hasta la fecha, junto con la indexación conforme al IPC.*
* *Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 193 del CPACA.*
* *Se condene en costas a la entidad demandada.*

La situación fáctica que respalda el petitum, es la siguiente:

* *La demandante nació el 27 de julio de 1961.*
* *Prestó sus servicios al ICBF desde el 3 de noviembre de 1982 al 30 de marzo de 2004.*
* *El último cargo desempeñado fue el de Técnico Administrativo, Código 4065, Grado 11.*
* *Durante todo el tiempo de servicios, estuvo afiliada a Cajanal y efectuó los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.*
* *El 12 de enero de 1989 dio a luz a una niña, quien nació con retardo mental*[1] *a quien se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 54.55% de carácter permanente y con fecha de estructuración el mismo día de su nacimiento.*
* *El 8 de agosto de 2003 la demandante solicitó el reconocimiento pensional.*
* *Por Resolución No. 1720 de 2004 se reconoció la pensión en cuantía de $478.671, a partir del 19 de junio de 2003.*

[1] *Se omite el nombre con fundamento en la Convención de los derechos del niño, artículo 16 y artículo 18 de la Ley 136-3 Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.*

- *La actora continuó trabajando hasta el 30 de marzo de 2004, es decir, que se acreditaron nuevos tiempos de servicios así como nuevos valores. Por lo anterior, solicitó la reliquidación de la pensión.*
- *Por medio de la Resolución No. 011970 de 15 de abril de 2005, se reliquidó la pensión en cuantía de $587.356,81, a partir del 1 de abril de 2004.*
- *La tasa de reemplazo aplicada fue del 67%, siendo lo correcto 68%.*
- *El 13 de mayo de 2014, solicitó la reliquidación de la pensión; sin embargo, la petición fue negada por los actos acusados.*

Como normas violadas señaló los artículos 4, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política y las Leyes 33 y 62 de 1985, toda vez que, a su juicio, se encuentra en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (f. 9).

Indicó que la pensión especial de vejez por hijo discapacitado fue incorporada al SGP por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Que la cuantía de la pensión debe determinarse con base en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 262 y ss. c2)

El Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja negó las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

Contrajo el problema jurídico a determinar si los actos administrativos acusados incurren en alguna causal de nulidad y si la demandante tiene derecho a que se reliquide la pensión especial de vejez en calidad de madre de hijo invalido, con base en lo cotizado entre el 1 de abril de 1004 y el 30 de marzo de 2004, junto con la actualización de algunas sumas de dinero con base en el IPC.

Se refirió a la pensión de vejez de madre de hijo inválido, para ello, citó el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia T-563 de 2011 proferida por la Corte Constitucional. Sostuvo que, conforme a la sentencia T-651 de 2009 proferida por el mismo tribunal, cuando se advierta que quien solicita la pensión de vejez se encuentra bajo el régimen de transición, se debe aplicar el régimen más favorable.

Sostuvo que la pensión especial aludida, no se puede liquidar en función de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino de la regla contenida en el artículo 21 ídem.

Luego de reseñar las pruebas obrantes en el plenario, advirtió que, en los alegatos de conclusión de primera instancia, además de referirse a las peticiones de la demanda, se solicitó que no solo se tenga en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, sino todos los conceptos y valores que haya devengado como contraprestación de sus servicios.

Al respecto, indicó que no resulta viable dar aplicación al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para su entrada en vigencia, la actora contaba con 33 años de edad y 12 años de servicio; por consiguiente, afirmó, no puede incluirse en el IBL la totalidad de factores salariales devengados.

Dijo que la Resolución No. 1720 de 2004, por la cual se reconoció una pensión de vejez en calidad de madre de hijo inválido, se observa que en el año 2002 se tuvo en cuenta solamente el factor salarial bonificación por servicios prestados y no la asignación básica y, en el año 2003, se tuvo en cuenta solamente la asignación básica y no la bonificación por servicios prestados, situación que fue corregida por la entidad demandada al reliquidar la pensión de vejez en la Resolución No. 11970 de 2005, elevando la cuantía de la pensión a $587.356, "razón por la cual queda sin fundamento el argumento esgrimido por la parte actora en el sentido de afectarse la cuantía de la mesada pensional, pues se acredita en el expediente esta falencia que fue subsanada..." (f. 280 vto.). A continuación, afirmó:

> *"Respecto de la tasa de reemplazo de 68% y no de 67%, se encuentra al revisar el expediente, en especial la Resolución No. 1720 de 3 de febrero de 2004, que la liquidación se efectuó con el 67% sobre el salario promedio de los 10 años atendiendo lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, entre el 1 de junio y el 30 de mayo de 2004, habida cuenta la actora laboró un total de 7420 días, precisando el despacho que esta resolución, quedó condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio y fue así como mediante la Resolución No. 11970 de 15 de abril de 2005 por la cual se reliquidó la pensión de vejez a la demandante se efectuó con el 69% del promedio de lo devengado entre el 1 de abril de 1994 haya el 30 de marzo de 2004, es decir un punto más de lo que se reclama en la demanda" (f. 280 vto.)*

Por lo anterior, consideró que se encontraba ajustada la decisión contenida en la Resolución No. 11970 de 15 de abril de 2005, toda vez que según el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión comienza con el 65% del IBL por las

primeras semanas cotizadas y por cada 50 semanas adicionales se incrementa en un 2%. Indicó que la demandante laboró un total de 1101,4 semanas, lo que significa que el monto aumento en un 4% por las 100 semanas que tuvo adicionales, es decir, le corresponde un monto de 69%.

Por lo anterior, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, Ana Isabel Pérez González, a través de apoderado, presentó recurso de apelación, para el efecto:

Solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se ordene la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta no solamente la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, sino todos los conceptos y valores que haya devengado como contraprestación de sus servicios, estos son: asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación primer semestre, vacaciones, prima de vacaciones, prima de compensación, horas extras, subsidio de alimentación, bonificación por recreación y bonificación segundo semestre, de los cuales se realizaron los respectivos descuentos para aportar al sistema de seguridad social en pensiones.

Indicó que, para determinar la cuantía de la mesada pensional, debe tenerse en cuenta el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; citó la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por el Consejo de Estado. Finalmente advirtió:

> *"Del tiempo total de servicios de la trabajadora demandante, efectivamente se concluye que la cotizó un total de 1100 semanas, y que por las primeras 1000 le corresponde un 65% del IBL y por cada 50 adicionales le corresponde un 2%, es decir que por 100 semanas adicionales le corresponde un 4% adicional al 65%. Luego sí es un 69% como efectivamente lo tomó la demandada, pero no determinó en debida forma el IBL con la totalidad de los conceptos y valores devengados por la demandante ni los actualizó en su valor constante como lo indica la norma, a la fecha a partir de la cual se reconoce el derecho. En otras palabras, no tomó en su totalidad los valores con conformaron el ingreso mensual de la demandante, ni lo actualizó en debida forma en su valor constante" (f.279)*

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado para alegar de conclusión, el Ministerio Público guardó silencio.

- ***Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales –UGPP (f. 291 y ss.)***

Indicó el régimen aplicable de la pensión de vejez de madre de hijo invalido y sostuvo que, comoquiera que a la demandante no se resulta aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Cajanal liquidó la pensión atendiendo lo devengado en los últimos 10 años de servicio, con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, modificado por el Decreto 691 de 1994.

Solicitó la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, respecto a la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el presente asunto; citó la sentencia SU-427 de 2016 proferida por la Corte Constitucional.

Igualmente, trajo en cita las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 25 de febrero de 2016 y el 26 de enero de 2017 y 15 de diciembre de 2016 en el proceso con radicación número 2016-00625-01.

- ***Ana Isabel Pérez González (f. 306 y ss.):***

Reiteró los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida el ***17 de agosto de 2017****, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja que negó las pretensiones de la demanda.*

5.1. Competencia del juez ad quem:

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

> *"**Artículo 328. Competencia del superior.***
>
> *El juez de segunda instancia **deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante**, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*
>
> *Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*
>
> *En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.*

> ***El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.***
>
> *En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia." Negrilla fuera de texto*

Según la norma transcrita, se colige que el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, así lo sostuvo la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017:

> *"De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «...únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.». **En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo.** Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007[2]:*
>
> > *«Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, **la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia.** En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente.».*
>
> ***Esta limitación a la competencia del juez de segunda instancia ha sido entendida como garantía de la non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política.** Sobre este tópico se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sus dos Subsecciones, en los siguientes términos:*
>
> > *«En primer lugar, la Sala advierte que se encuentra limitada para fallar **sólo frente a los argumentos del recurso de apelación de la parte actora, en razón a que el poder del Juez Administrativo se restringe cuando es un apelante único el que impugna la decisión de primera instancia**. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, acoge el principio de la "reformatio in pejus", según el cual el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del recurrente, cuando éste ha sido el único que apela la decisión del inferior, puesto que evidentemente el recurso instaurado se debe entender interpuesto de manera exclusiva en el aspecto estrictamente desfavorable de la providencia.»*[3].

---

[2] *Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García.*

[3] *Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 28 de septiembre de 2006, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno número: 7966-2005, actor: Flor Ángela Pedraza Caballero y otra.*

> *«En consecuencia, como quiera que la actora fue apelante único, no resulta viable desmejorar su situación particular en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus. Al respecto, la Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como apelante único, razón que por la cual puede afirmarse que se consagró la "prohibición" de la reformatio in pejus.»*[4]. "[5] *Negrilla fuera del texto*

Así las cosas, la competencia del superior, se rige por el principio de congruencia, en virtud del cual, el juez de segunda instancia, debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción.

El apoderado de la parte actora presentó solo un reparo concreto: deben incluirse todos los factores salariales devengados en los últimos diez años, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado.

5.2. De la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado y del caso concreto:

Sea lo primero señalar que los argumentos de la entidad demandada resultan totalmente ajenos a este caso. En efecto, examinados los alegatos de conclusión se observa que ellos se enfilaron a invocar la aplicación de los factores previstos en el Decreto 1158 de 1194, cuando ello no se encuentra en discusión; en segundo lugar, pidió aplicar las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional que hacen referencia a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, asunto distante del debate que plantea el caso, pues es claro que acá no se discute régimen de transición que remita a ley anterior, sino la aplicación de la Ley 100 de 1993 en su integridad; y, en esta línea, tampoco cabe aludir a las sentencias de tutela que cita la parte demandada pues ellas se ocuparon del IBL en régimen de transición que, se reitera, no se discute en este proceso.

---

[4] *Sentencia de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2006, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno número: 0837-2004, actor: Héctor Solano Vargas.*

[5] *Sentencia proferida en el proceso con radicación número 08001-23-33-000-2012-00087-01(2345-14) y ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández*

Tanto en el recurso de apelación como en los alegatos de conclusión, la parte demandante solicitó la aplicación la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010, expediente con Radicación No. 25000-2325-000-2006-7509-01, expresó:

> *"Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.*
>
> *Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.*
>
> *De ahí que,* ***interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año****, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones." –Negrilla fuera de texto-.*

La sentencia citada, luego de examinar las distintas posiciones jurisprudenciales sostenidas por esa Corporación, se detuvo en señalar la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, el principio de progresividad que debe orientar las decisiones en materia de prestaciones sociales y el principio de favorabilidad que debe atenderse ***en la interpretación de la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año.***

El objeto de la citada sentencia consistió en explicar que aquellos factores salariales enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, eran enunciativos y no taxativos, por tanto, aquellos que tuvieran un origen legal y que retribuyeran directamente el servicio, podían ser incluidos en la base de liquidación pensional.

*Entonces, su ámbito de aplicación se reduce **únicamente** a aquellas personas **que son beneficiarias del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993** y, tienen derecho a la aplicación del régimen ordinario anterior, contemplado en las Leyes 33 y 62 de 1985.*

*Como lo indicó la jueza a quo, la señora Ana Isabel Pérez González nació el 27 de julio de 1961 (f. 20) y laboró desde el **3 de noviembre de 1982** hasta el 31 de marzo de 2004; lo anterior, quiere decir que **no es beneficiaria del régimen de transición**, en tanto a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con **33 años de edad y 12 años de servicio**; en consecuencia, no puede aplicarse la sentencia de unificación citada por la parte actora.*

Ahora bien, el actor sostiene que deben incluirse los factores: asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación primer semestre, vacaciones, prima de vacaciones, prima de compensación, horas extras, subsidio de alimentación, bonificación por recreación y bonificación segundo semestre, comoquiera que se realizaron los aportes sobre estos emolumentos.

El artículo 6 del Decreto 691 de 29 de marzo de 1994, modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 3 de junio de 1994, estableció el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones así:

> ***"ARTICULO 1o.** El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".*
>
> *El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*
>
> *a) La asignación básica mensual;*
>
> *b) Los gastos de representación;*
>
> *c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
>
> *d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
>
> *e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
>
> *f) La remuneración por trabajo suplementario o de **horas extras**, o realizado en jornada nocturna;*
>
> *g) La bonificación por servicios prestados."*

La Resolución No. 011790 de 15 de abril de 2005, por la cual se reliquidó la pensión de jubilación de la demandante, se incluyeron los factores devengados desde el 1 de abril de 1994 hasta el 30 de marzo de 2004, estos son: asignación básica y bonificación por servicios prestados.

No obstante lo anterior, en la certificación allegada por el Coordinador del Grupo Administrativo del ICBF Regional Boyacá vista a folios 224 a 230, "Los valores relacionados a continuación corresponden a los factores deducibles cancelados a la mencionada Ex servidora pública durante el tiempo comprendido entre el 01 de enero de 1994 al 31 de marzo de 2004...", de los cuales se realizaron descuentos para pensión, estos son, asignación básica, bonificación por servicios prestados, ***horas extras y prima de compensación.***

El artículo 21 de la Ley 100 de 1993, indicó que se entiende por ingreso base para loquidar las pensiones, ***el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión****, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del IPC. En efecto, en el Formato 3B (Certificación de salarios mes a mes para la liquidación de pensiones), se observa que se cotizó sobre las horas extras y la prima de compensación.*

En cuanto se refiere a las horas extras, no queda duda a la Sala que ese emolumento debe ser incluido por cuanto fue considerado como factor de liquidación de pensión, sin que sea de recibo para su exclusión el argumento de la jueza a-quo al señalar que únicamente en las alegaciones de primera instancia ello fue pedido, en primer lugar, porque una interpretación integral de la demanda lleva a concluir que esa es la intención del demandante, pero, además, porque conforme a la pretensión 2.1. se pidió pagar la pensión atendiendo a "lo cotizado entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de marzo de 2004". Y, si lo anterior no fuera suficiente, sabido es que tratándose del derecho a la seguridad social, es deber del juez aplicar la ley sin desconocer que se está ante un derecho fundamental[6].

---

[6] *Así se lee en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 11 de mayo de 2006. Radicación No 11001-03-26-000-1997-14226-00(14226 "(...) Al respecto se debe recordar que el proceso contencioso administrativo hace parte de la llamada "justicia rogada", es decir, el juez administrativo en sus decisiones no puede resolver cuestiones no planteadas en la demanda -artículo 137 Ibídem-,* ***sin embargo el concepto de jurisdicción rogada no impide al juez administrativo proteger derechos fundamentales****, o cualquier otra parte del ordenamiento jurídico que se demuestre efectivamente*

Ahora, en lo relacionado con la prima de compensación, es claro que al caso no resultan aplicables las consideraciones vertidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 4 de agosto de 2010, y citada por la demandante, en tanto ella se contrajo a examinar los factores de liquidación de pensión cuando el derecho se rige por la Ley 33 de 1985, que no es el caso, como ya se explicó.

Por el contrario, es claro que es de reserva de ley regular las prestaciones sociales, entre ellas la pensión, en consecuencia, los factores para liquidar la pensión que acá se examina no pueden superar los dispuestos en la norma que los reguló[7], ya citada, ni siquiera si frente a ellos se han efectuado descuentos por cotizaciones al sistema pues, de lo contrario, serían las entidades pagadoras las que regularían el derecho pensional y no la ley.

Considera esta Sala que la expresión contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 tuvo la intención de exigir la cotización sobre todos los factores que han de tenerse en cuenta para determinar el IBL pensional, sin embargo, ha sido consistente la jurisprudencia al señalar, por el contrario, que en caso de no

---

violada, en el caso de las acciones de simple nulidad -aunque se aparten de las normas que se denuncian como vulneradas-.

Ahora bien, esta causal genérica de nulidad de actos administrativos, se hace evidente, ante el simple estudio comparativo entre el acto acusado y la norma o normas de superior jerarquía a las debía ajustarse el primero y su resultado será la constatación de una violación al ordenamiento jurídico superior, bien sea por exceso o por defecto en su aplicación." (Negrillas y Subrayas fuera del texto)

Y en más reciente pronunciamientos señaló el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub sección "A", Sentencia del 17 de agosto de 2011 en el proceso con Radicación No 76001 2331 000 2008 00342 01 (2203-10):

"El artículo 48 de la Carta Política, consagra particularmente la seguridad social como un derecho indienable e irrenunciable de las personas, cuya garantía y eficacia compromete directamente al Estado, en tanto permite el desarrollo de conceptos que constituyen pilares esenciales del Estado Social de Derecho como lo son el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales del individuo como expresión obligatoria de la trascendencia de dicho concepto dentro del ordenamiento jurídico.[6]

Frente al caso particular de las personas de la tercera edad, la seguridad social como derecho constitucional, adquiere una connotación ius fundamental en razón de la debilidad manifiesta de dicho grupo poblacional, pues ha de entenderse que su capacidad laboral se encuentra prácticamente agotada y que su condición física luego de una vida de labor representa una situación desventajosa frente a los demás individuos, de manera pues que la efectividad del mismo, involucra y compromete directamente la vigencia de una serie de derechos como la dignidad humana, la vida, la integridad física y el mínimo vital, que hacen necesario un amparo especial, convirtiéndolo en un derecho de aplicación inmediata respecto a tales individuos, cuya expresión formal se encuentra consignada en los artículos 13 y 46 de la Carta Constitucional, en donde se señala como un imperativo para el Estado la protección y asistencia a las personas de la tercera edad y la garantía de su derecho a la seguridad social.

[7] Artículo 6 del Decreto 691 de 29 de marzo de 1994, modificado por el artículo 1º del Decreto 1158 de 3 de junio de 1994

efectuarse los descuentos sobre los factores de ley, tales deducciones deben ordenarse, sin sobrepasar los que correspondan a aquellos emolumentos que disponga la ley, ello en aras a preservar incólume y en condiciones de igualdad el derecho a la pensión de jubilación.

En conclusión entonces, no se tendrá como factor del IBL pensional la prima de compensación pues este factor no fue contemplado en la ley para tal fin, cosa distinta será que la actora, de considerarlo, solicite la devolución de lo indebidamente aportado, pero este es asunto que no corresponde resolver a esta sentencia.

Lo expuesto implica que, se revocará la sentencia de primera instancia para incluir en el IBL pensional, además, lo devengado por concepto de horas extras.

- ***De la prescripción:***

La apoderada de la entidad demandada propuso la excepción de prescripción respecto de cualquier derecho reclamado frente al cual haya operado el fenómeno, aplicando el término de tres años anteriores a la radicación de la demanda.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969, prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

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

*Es decir, que la prescripción comienza a contarse a partir del momento en que el derecho que se reclama se hace exigible, no obstante, el simple reclamo escrito del trabajador ante su empleador, interrumpe este término **por un lapso igual**, esto es, por tres años, luego de los cuales, comenzará a contarse nuevamente el término inicial de tres años contemplado en la norma en cita.*

*En el caso bajo estudio se tiene que la pensión fue reliquidada mediante la Resolución No. 11970 de 15 de abril de 2005 (f. 41-43); la petición fue presentada el **13 de mayo de 2014** (f. 58) y la demanda el **30 de septiembre de 2016** (f. 104); en*

consecuencia, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al ***13 de mayo de 2011.***

- ***Liquidación:***

Debe precisarse que los totales anuales corresponden a los reseñados en la certificación de factores deducibles s los cuales se realizaron los descuentos para pensión, la cual obra a folios 224 a 230 del expediente, los cuales serán actualizados aplicando el IPC, conforme loprecisa la norma:

El devengado promedio anual fue:

AÑO (01/04/94 a 30/03/04)	enero	febrero	marzo	abril	mayo	junio	julio	agosto	septiembre	octubre	noviembre	diciembre	TOTAL ANUAL	promedio total anual
1994 (9 meses)	0	0	0	211.636	211.636	211.636	211.636	211.636	211.636	211.636	317.454	241.838[8]	2.040.744	226.749
1995	251.131	251.131	251.131	251.131	251.131	251.131	251.131	251.131	251.131	251.131	376.698	251.131	3.141.134	261.761
1996	334.241	343.914	343.914	343.914	328.437	400.511	428.810	428.810	355.234	343.914	515.871	343.914	4.511.484	375.957
1997	392.062	392.062	392.062	392.062	392.062	392.062	392.062	366.351	373.633	392.062	588.093	392.062	4.856.635	404.720
1998	470.751	470.751	470.751	470.751	470.751	470.751	470.751	535.931	535.934	493.447	720.925	535.934	6.117.431	509.786
1999	627.043	627.043	627.043	627.043	627.043	627.043	627.043	627,043	627.043	627.043	940.565	627.043	7.838.038	653.170
2000	684.920	684.920	684.920	684.920	684.920	684.920	684.920	618.039	684.920	684.920	1.027.380	684.920	8.494.619	707.885
2001	725.262	725.262	725.262	725.262	725.262	725.262	725.262	725.262	725.262	725.262	1.087.893	725.262	9.065.775	755.481
2002	761.453	761.453	761.453	761.453	729.747	761.453	761.453	761.453	761.453	761.453	1.142.180	761.453	9.486.457	790.538
2003	809.044	809.044	809.044	809.044	809.044	809.044	746.337	782.641	759.539	809.044	1.213.566	809.044	9.974.435	831.203
2004 (3 meses)	852.571	852.571	852.571	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2.557.713	852.571

Ahora, la indexación del promedio anual es la siguiente:

		IBL INDEXADO A 2004										
AÑO	IPC	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
1994		226.749										
1995	22,59%	277.972	261.761									
1996	19,46%	332.065	312.700	375.957								
1997	21,63%	403.891	380.337	457.276	404.720							
1998	17,68%	475.299	447.580	538.123	476.274	509.786						
1999	16,70%	554.674	522.326	627.990	555.812	594.920	653.170					
2000	9,23%	605.870	570.537	685.953	607.113	649.831	713.457	707.885				
2001	8,75%	658.884	620.459	745.974	660.236	706.692	775.885	769.825	755.481			
2002	7,65%	709.289	667.924	803.041	710.744	760.753	835.240	828.716	813.276	790.538		
2003	6,99%	758.868	714.612	859.173	760.425	813.930	893.623	886.644	870.124	845.797	831.203	
2004	**6,49%**	**808.118**	**760.990**	**914.934**	**809.776**	**866.754**	**951.620**	**944.187**	**926.595**	**900.689**	**885.148**	**852.571**
Proporción por año		**60.609**	**76.099**	**91.493**	**80.978**	**86.675**	**95.162**	**94.419**	**92.659**	**90.069**	**88.515**	**21.314**

[8] *Valor que resulta de la sumatoria de sueldo* ***y horas extros***

Total IBL (Sumatoria proporcion por año)	***877.992***
IBL*69%	***605.815***

Valor reconocido en R. 011970/05	***587.357***
Valor reliquidado	***605.815***
Diferencia	***18.458***

La pensión mensual reconocida por la entidad demandada fue de ***$587.357****, no obstante, como se deja señalado, el valor mensual de la pensión es de* ***$605.815,*** *es decir que, dejaron de pagarse* ***$18.458 mensuales****, valor que debe ser reajustado anualmente conforme al IPC[9], lo cual reporta las siguientes* ***diferencias mensuales*** *faltantes en la pensión reliquidada:*

AÑO	*IPC*	*DIFERENCIA MENSUAL*	*PENSIÓN MENSUAL*
2004		*18.458*	*605.815*
2005	*5,50%*	*19.473*	*639.135*
2006	*4,85%*	*20.418*	*670.133*
2007	*4,48%*	*21.332*	*700.155*
2008	*5,69%*	*22.546*	*739.993*
2009	*7,67%*	*24.275*	*796.751*
2010	*2,00%*	*24.761*	*812.686*
2011	*3,17%*	*25.546*	*838.448*
2012	*3,73%*	*26.499*	*869.722*
2013	*2,44%*	*27.145*	*890.943*
2014	*1,94%*	*27.672*	*908.228*
2015	*3,66%*	*28.685*	*941.469*
2016	*6,77%*	*30.627*	*1.005.206*
2017	*5,75%*	*32.388*	*1.063.006*

Diferencias que serán pagadas a partir del ***13 de mayo de 2011****, dado el fenómeno prescriptivo.*

---

[9] *ARTICULO. 14.-Reajuste de pensiones. Reglamentado por el Decreto Nacional 36 de 2015. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.*

5.7. De las costas

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

> *"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
> ***a)*** *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.*
> ***b)*** *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
> ***c)*** *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
> ***d)*** *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
> ***e)*** *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
> ***f)*** *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[10], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
> ***g)*** *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".*

Entonces, el artículo 188 del CPACA, previó que se aplicarían las normas del C.P.C. hoy Código General del Proceso.

---

[10] *"ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*

*Conforme al artículo 365 del CGP. "4. Cuando la sentencia de segunda instancia **revoque totalmente la del inferior**, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.".*

Ahora bien, conforme al artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. De ahí que para determinarlas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura[11] que fija en procesos ordinarios que se adelanten ante la jurisdicción contenciosa en segunda instancia "Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.". Así las cosas, la Sala considera prudente tasar las agencias en derecho en cuantía de dos (2) SMLMV a favor de la señora Ana Isabel Pérez González y a cargo de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

***Revocar** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja el **17 de agosto de 2017**, en el proceso iniciado por **Ana Isabel Pérez González**, contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social; en su lugar se dispone:*

1. ***Declarar** probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **13 de mayo de 2011**.*
2. ***Declarar la nulidad parcial** de las Resoluciones No. 0001720 de 3 de febrero de 2004 y 001970 de 15 de abril de 2005, en lo concerniente a los factores que se deben incluir y la cuantía de la pensión.*
3. ***Declarar la nulidad** de las Resoluciones No. RDP 023169 de 25 de julio de 2014, RDP 126685 de 1 de septiembre de 2014 y RDP 030090 de 30 de septiembre de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva.*
4. *Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, pagará las diferencias en la pensión de jubilación reconocida a favor de la señora Ana*

[11] *De conformidad con el numeral 4 del artículo 366 del CGP.*

Isabel Pérez González, identificada con cédula de ciudadanía 51.625.536 de Bogotá, a partir del ***13 de mayo de 2011****, en cuantía mensual de:*

AÑO	*DIFERENCIA MENSUAL*
2011	*25.546*
2012	*26.499*
2013	*27.145*
2014	*27.672*
2015	*28.685*
2016	*30.627*
2017	*32.388*

Parágrafo: *La pensión a reconocer a partir de la ejecutoria de esta sentencia será de* ***UN MILLÓN SESENTA Y TRES MIL SEIS PESOS ($1.063.006).*** *En adelante, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, aplicará a la mesada pensional los reajustes anuales, conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 o las normas que la modifiquen.*

5. *Las sumas que resulten a favor de la actora* ***se ajustarán*** *tomando como base el IPC como lo prevé el inciso 4º del artículo 187 del CPACA.*

6. *La condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.*

7. *Condenar en costas a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, parte demandada. A título de agencias en derecho, por esta instancia, reconocerá a la demandante la suma de dos (2) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes por esta instancia.*

8. *Las costas serán liquidadas por la primera instancia una vez ejecutoriada esta sentencia, tal como lo dispone el artículo 366 del C.G.P.*

9. *En firme ésta sentencia, por Secretaría envíese el proceso devuelta al juzgado de origen, previas las anotaciones que fueran menester.*

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha. Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
*Demandante: **Ana Isabel Pérez González***
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP
*Expediente: 15001-33-33-008-**2016-00102**-01*

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017 .

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Claudia Andrea García Artunduaga***
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-33-33-008-2016-00105-01

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 245 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 5 de octubre de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir*** *de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017 .

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Ana Inés Jiménez***
Demandado: Ministerio de Educación – FNPSM
Expediente: 15001 3333 008 ***2016 00110*** *01*

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 119 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 6 de septiembre de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir*** *de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

Medio de Control: **Contractual**
Demandante: **Ángela Yamile Noguera Torres**
Demandado: **Colegio de Boyacá**
Expediente : **15001-33-33-009-2014-00143-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2015, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Se concurre ante está jurisdicción a través del medio de control de controversias contractuales, con el fin de que se declare el incumplimiento del contrato de servicios No. 50 de 2011 por parte del Colegio de Boyacá, cuyo objeto fue elaborar el manual de contratación de ese establecimiento público, y que en consecuencia se resuelva y liquide el contrato en los términos pactados inicialmente y en el Otrosí que lo modificó.

Igualmente, que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a la demandante la totalidad de daños y perjuicios materiales y morales que le fueron causados, la cláusula penal establecida del contrato, y de manera subsidiaria en caso de no encontrar bases suficientes para realizar la liquidación de perjuicios, que se reconozca en aplicación del principio de reparación integral y de justicia un monto equivalente a 100 SMMLV más el monto adeudado del contrato junto al valor de la cláusula penal.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Señala que el 28 de noviembre de 2011 se suscribió entre las partes el contrato ya referenciado por valor de 12 millones de pesos con duración de tres meses contados a partir de la firma del acta de inicio, lo que ocurrió el mismo 28 de noviembre de 2011. Que el 5 de diciembre de 2011 realizaron Otrosí al contrato modificando las cláusulas de duración, valor y forma de pago, y constitución de garantías, señalando ahora un plazo de ejecución de 2 meses y el pago de 12 millones en 2 mensualidades de 6 millones cada una.

Narra las actividades que desarrolló entre el 28 de noviembre y el 28 de diciembre de 2011, mencionando que siendo cumplidas a satisfacción produjo el primer pago de 6 millones el día 3 de enero de 2012.

Afirma que el 13 de enero de 2012 envió por correo electrónico a la supervisora del contrato y a la asesora externa de contratación, el texto de la primera parte del manual de contratación no recibiendo corrección u objeción alguna. Que posteriormente, el 20 de enero de 2012 se suspendió el contrato por el término de 5 meses justificada en la implementación de un software integrado para la sistematización de la información financiera y administrativa del colegio, y en "el estado de gravidez avanzado" de la contratista.

Indica que a pesar de la suspensión continuó trabajando en el desarrollo del objeto contractual enviando el 23 de enero de 2012 por correo electrónico a la supervisora del contrato y a la asesora externa de contratación la segunda parte del manual de contratación, solicitando se realizara una revisión minuciosa por no haber recibido ninguna observación al respecto. Lo cual repitió al enviar la tercera parte del manual el 27 de enero de 2012, y el texto final del mismo consistente en la recopilación de las tres partes, ese mismo día.

Asegura que en la segunda semana de febrero de 2012 se reunió con la supervisora del contrato, la asesora externa de contratación y el responsable del almacén del colegio, quienes hicieron observaciones al texto del proyecto de

manual de contratación, dando lugar a realizar diferentes correcciones remitidas igualmente vía correo electrónico el siguiente 28 de febrero de 2012.

Manifiesta que la supervisora del contrato dio respuesta al mensaje de correcciones indicándole que solo algunas fueron tenidas en cuenta, procediendo a realizar otras observaciones al tiempo que le comunicó que debía esperarse la reunión con la nueva asesora externa de contratación.

Dice que por lo anterior, el 27 de marzo de 2012 a través de correo electrónico manifestó a la supervisora del contrato su preocupación por el desarrollo del contrato, pues se encontraba en las últimas semanas de gestación, por lo que pedía se les hicieran saber las dudas sobre el proyecto de contratación entregado, ya que venía acogiendo las observaciones realizadas y solo esperaba el pronunciamiento final del colegio.

Indica que el 28 de marzo de 2012 se le informó por parte de la supervisora del contrato que se había programado el viernes 2 de abril como fecha para realizar la última revisión del manual, y que el 10 de abril solicitó de nuevo información sobre el proyecto indicando que por su licencia de maternidad no podría asistir a reuniones, recibiendo el día siguiente las sugerencias de corrección realizadas por la nueva asesora externa en contratación, lo que afirma, muestra que se hicieron requerimientos en el tiempo de suspensión del contrato.

Cuenta que advirtiendo las inconformidades con el documento el 12, 23 y 24 de mayo envío un segundo proyecto de manual de contratación que acogía las observaciones realizadas, pero que dado el cambio de personal en el colegio a partir del 1º de junio de 2012, se reunirían el día 19 de ese mes, previo al reinicio formal del contrato para socializar con los nuevos funcionarios el trabajo realizado, momento en el cual se le solicitó replantear el proyecto, enviándose una nueva propuesta el 24 de junio de 2012, frente al cual le hicieron observaciones el asesor externo y la supervisora del contrato.

Señala que atendió tales sugerencias en el documento que remitió el 28 de junio de 2012 solicitando el 3 y 6 de julio de 2012 una reunión para su socialización, sobre lo cual no recibió respuesta a pesar de tener el contrato como fecha de terminación el 28 de junio de 2012, por lo cual, el 19 de julio de ese año remitió por correo certificado la propuesta definitiva del manual de contratación junto con la cuenta de cobro, solicitando la liquidación y terminación del contrato, por haber transcurrido más de 20 días de la presentación del último proyecto de manual sin que se realizara observación alguna.

Asegura que el día 3 de agosto de 2012 y luego de varias solicitudes por correo sin respuesta, se acercó al colegio para obtener información sobre el estado del contrato recibiendo otras observaciones sobre el manual, que remitió por correo el siguiente 20 de agosto de 2012, pero al no obtener ninguna respuesta, lo radicó personalmente ante la supervisora el 5 de septiembre de 2012.

Manifiesta que el 11 de septiembre de 2012 recibió un oficio de la supervisora en el que expresa que no es posible aceptar el proyecto de acuerdo con las observaciones realizadas por la asesora externa de contratación según el cual debían ajustarse temas relacionados con los comités, formatos y flujogramas propuestos, aspectos que fueron objetados por la demandante mediante oficio radicado el 19 de septiembre de 2012, señalando que se pedía incluir cosas que con anterioridad se solicitó fueran retiradas, o que se corrigieran asuntos que ya habían sido aprobados.

Al no recibir respuesta radicó solicitud de conciliación prejudicial el 2 de octubre de 2012, pues considera que las tres propuestas que presentó se adecuaban a las observaciones realizadas por los funcionarios que fueron vinculados y desvinculados sucesivamente, por lo que entiende incumplido el contrato al considerar que de manera caprichosa no se quiso aceptar el cumplimiento del objeto.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 19 de junio de 2014, en el que además se ordenó notificar la demanda a la entidad accionada y al agente del Ministerio Público.

1. –Contestación de la demanda

Contesta la demanda en término indicando que se opone a la totalidad de las pretensiones, por obligarse la demandante mediante la suscripción del contrato 050 de 2011 a entregar a satisfacción el manual de contratación del colegio, objeto que nunca cumplió, en contraste con la entidad demandada que desplegó todas las actuaciones pertinentes para obtener el resultado deseado.

Indica que si bien se remitieron diferentes proyectos del manual de contratación a los que se le hicieron observaciones y posteriores correcciones por parte del contratista, eso no significa que se hubiera dado visto bueno o recibo a satisfacción del objeto del contrato, pues existen múltiples deficiencias de carácter conceptual, procedimental y de aplicación que no le permitieron a la entidad demandada utilizar el documento presentado.

Afirma que si bien se enviaron los correos electrónicos indicados en los hechos de la demanda, existe prueba también de algunas respuestas dadas por la administración, que no fueron relacionadas por el demandante, y en las que se aprecia que no se atendieron las observaciones realizadas por la supervisora del contrato.

2. -Adición de demanda

Habiéndose notificado a la demanda mediante mensaje de datos enviado el 27 de julio de 2014, la parte actora presenta adición de la demanda (fls. 135-138) ampliando los hechos y modificando sus pretensiones, de la siguiente manera:
En cuanto a los hechos, agrega que la entidad demandada expidió la Resolución 305 de 14 de agosto de 2013 en la que resolvió declarar terminado unilateralmente el contrato No. 050 de 2011, indicando igualmente que la suma

de 6 millones pagada al contratista y que correspondía al 50% del valor del contrato, se entendía que compensaban en su totalidad el trabajo entregado, lo anterior, considerando que no se había cumplido con el objeto del contrato.

Argumenta la demandante que contrario a las motivaciones del acto administrativo, se presentó incumplimiento de las obligaciones de la entidad por ocasionar dilaciones injustificadas.

Así, procede a modificar las pretensiones de la demanda solicitando como principales la declaratoria de nulidad de la Resolución 305 de 2013, y que en consecuencia se ordene el cumplimiento efectivo del contrato bajo los parámetros pactados. Y como pretensiones subsidiarias que se declare el incumplimiento del contrato 050 de 2011, que en consecuencia se resuelva y liquide el mismo de conformidad con los términos pactados inicialmente, condenando a la entidad demandada a reconocer y pagar la totalidad de los perjuicios materiales y morales que le fueron causados, y el pago de la cláusula penal.

Mediante auto de 27 de enero de 2015 (fl. 151) **se admitió** la adición de la demanda de acuerdo con lo previsto en el artículo 173 del C. P. A. C. A., disponiendo correr traslado de la misma a la parte pasiva

3. -Contestación a la adición de la demanda

Señala la entidad demandada que es cierto que se profirió la resolución en que se declara unilateralmente terminado el contrato 050 de 2011, pero que ésta se expidió habiendo agotado de manera previa el procedimiento establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, no existiendo participación de la parte demandante aun cuando se le notificó el inicio de la actuación.

Respecto a las pretensiones dice oponerse por no existir razón de anulación del acto administrativo y considerar demostrado el incumplimiento del contrato por parte de la contratista.

4. -Audiencia inicial

El día 15 de abril de 2015 se realizó la audiencia inicial, en la que como puntos relevantes se resalta que no se encontraron excepciones previas sobre las cuales resolver, indicando que las formuladas por la demandada se estudiarían con el fondo del asunto, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas del proceso determinando la fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas.

5. -Audiencia de pruebas

El 12 de mayo de 2015 se practicaron las pruebas decretadas (fls.168-175) y se dispuso corres traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión por escrito dentro de los diez días siguientes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 181 del C. P. A. C. A.

IV. FALLO RECURRIDO

Mediante sentencia proferida el 10 de junio de 2015, se negaron las pretensiones de la demanda y se abstuvo el a quo de imponer condena en costas.

Para llegar a las anteriores conclusiones expuso que el contrato estatal es solemne de acuerdo con lo previsto por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, debiendo constar por escrito, y por tanto, su incumplimiento, bien sea por parte del contratista o del contratante, debe deducirse de lo pactado en el clausulado del contrato, y que para efectos de demostrar el incumplimiento de la contraparte debe previamente demostrarse el cumplimiento propio.

De esta manera procedió a evaluar el acervo probatorio, encontrando que contrario a lo afirmado por la parte actora, se evidenciaba que como contratista no acató la totalidad de las observaciones realizadas, y que si bien tales deducciones se originaban en los testimonios recibidos (tachados por la parte demandante por el vínculo laboral o comercial de los testigos con la entidad demandada) sus afirmaciones están soportadas en documentos, razón que conlleva a que no se les reste valor probatorio.

Continuó advirtiendo que previo a la expedición de la Resolución 305 de 2013 por medio de la cual el colegio de Boyacá declara terminado unilateralmente el contrato, se realizaron las actuaciones correspondientes por parte de la administración a efectos de determinar el incumplimiento del contrato, citando a la contratista en diferentes oportunidades y determinando las falencias que se advertían en el producto entregado, señalando que la entidad demandada cumplió con el debido proceso.

Así, concluyó que en el contrato se pactó que el pago del segundo 50% estaría condicionado a la constancia escrita de cumplimiento por parte del supervisor, voluntad que no es posible modificar en instancia judicial, por lo que al estar demostrado que la supervisora no dio el visto bueno al trabajo entregado por la contratista, y que por el contrario en reunión de 21 de noviembre de 2012 se le pusieron de presente las falencias del manual de contratación, no había lugar a declarar incumplimiento alguno por parte de la administración, pues tales observaciones no fueron atendidas, y la afirmación de la demandante de que la negativa en aceptar el trabajo fue arbitraria o caprichosa no fue probada.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La parte actora presenta recurso de apelación (fls. 208-218) bajo los siguientes argumentos:

Afirma que el a quo no realizó una valoración de la legalidad de la Resolución 305 de 2013 por la cual se termina de manera unilateral el contrato, aun cuando ese es el problema jurídico principal que debía resolverse. Sobre el punto, señala que las consideraciones del fallo se limitaron al estudio del cumplimiento del objeto contractual y la verificación del debido proceso contractual, pero en ningún momento se verificó el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 80 de 1993 y por la jurisprudencia del Consejo de Estado para hacer uso de la cláusula exorbitante de terminación unilateral del contrato, lo que conlleva una vía de hecho judicial por defecto sustantivo.

Indica que adicional a lo anterior, el a quo no se pronunció sobre el hechos y los efectos jurídicos de no haberse declarado el siniestro de ninguna póliza, y respecto a la ausencia de estimación y asignación de riesgos contractuales.

Como segundo argumento de impugnación señala la inexistencia de causal de terminación unilateral del contrato y por tanto la existencia de falsa motivación en el contenido de la Resolución 305 de 2013 que así lo declaró, pues tal prerrogativa de la administración para los contratos de prestación de servicios es facultativa, teniendo que ser pactada de forma expresa por las partes, como en efecto se realizó en el contrato 050 de 2011, pero debe darse de conformidad con los eventos que expresamente señala el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

Con fundamento en lo anterior procede a realizar un análisis del acto administrativo demandado, afirmando que la terminación unilateral del contrato se motivó en su supuesto incumplimiento, al realizarse reiteradas observaciones sobre el manual de contratación, presentar correcciones pero no cumplir el objeto contractual, de donde afirma, se advierte que la entidad demandada guardó silencio respecto a la actuación administrativa que debió iniciar previo a determinar la configuración de un incumplimiento contractual, así como frente a la causal del referido artículo 17, por las que declaró la terminación del contrato.

Aduce que por tal motivo la Resolución 305 de 2013 no cumplió ninguno de los requisitos señalados por la ley y la jurisprudencia para inferir su legalidad, de donde deduce su falsa motivación.

El tercer argumento de impugnación consiste en señalar que contrario a lo manifestado por el a quo, sí se violó el debido proceso contractual al no indicarse bajo cuál de las causales señaladas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 se decidió declarar la terminación unilateral del contrato, y porque el acto administrativo fue expedido de forma irregular al no cumplir con la actuación administrativa previa.

Asegura que lo anterior se encuentra demostrado en el proceso por alegarse un supuesto incumplimiento del contrato por parte de la demandante, pero nunca haberse iniciado la actuación administrativa correspondiente para declararlo establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Finalmente señala que el a quo dio por probado sin estarlo, que la entidad demandada no violó el debido proceso contractual, pues llegó a tal conclusión al estudiar las actas de 21 de noviembre y de 28 de diciembre de 2012 en las cuales se realizaron observaciones al producto entregado por la demandante, pero no señaló el fallo de primera instancia prueba documental que demuestre que la supuesta actuación administrativa se llevó hasta su culminación con estricta observancia de las reglas establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto proferido el 2 de julio de 2015 (fl. 220) el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto, el cual fue admitido mediante providencia de 13 de agosto de 2015 (fl. 226).

El 8 de octubre de 2015 se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito, conforme lo autoriza el artículo 247 del C. P. A. C. A. (fl.240), término utilizado por las partes de la siguiente manera:

1. Alegatos del demandante

Reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación, agregando (fls.249-254) una descripción del procedimiento que debió agotar la administración para proceder con la terminación unilateral del contrato, indicando que no se cumplió con el mismo y que tal hecho es verificable al observar que la entidad demandada nunca citó a la demandante para debatir lo ocurrido dentro de la ejecución del contrato haciendo mención expresa de las

razones por las que se le citaba a la audiencia y las consecuencias que tendría el desarrollo de esa actuación, es decir, no se realizó la audiencia contemplada en el literal b) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

2. Alegatos del demandado

Solicita (fls. 243-248) se confirme la sentencia de primera instancia por considerar que se encuentra ajustada a derecho, procediendo a reiterar los argumentos de defensa expuestos con la contestación de la demanda y de la adición a la misma, agregando un análisis jurisprudencial[1] sobre la prosperidad de las reclamaciones de incumplimiento por parte del contratista indicando que al demandante le corresponde probar: a) que exista un contrato sinalagmático; b) que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de las partes contratantes; c) que el incumplimiento de la administración sea grave; y d) que quien invoca la excepción de incumplimiento, no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una obligación que debía ejecutarse primero en el tiempo, subreglas que fueron estudiadas por el a quo determinando que ninguna fue probada por la parte actora.

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si en el presente caso hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución 305 de 2013 por medio de la cual el colegio de Boyacá declaró unilateralmente terminado el contrato 050 de 2011, por ser falsa su motivación. Adicionalmente, corresponde establecer si en el mencionado contrato se presentó incumplimiento por parte de la administración, y si por ello hay lugar al reconocimiento de perjuicios y compensaciones.

[1] Cita la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de 19 de septiembre de 2002 C. P. Germán Rodríguez Villamizar Ref.: 12.726

Conforme con lo anterior, a efectos de esclarecer el problema jurídico se estudiará: (i) las características del contrato público de prestación de servicios; (ii) el objeto y finalidad de la segunda instancia; y (iii) la solución del caso concreto.

2. –Características del contrato público de prestación de servicios

El contrato 050 de 2011 celebrado entre la demandante y el colegio de Boyacá indica que se trata de un contrato de prestación de servicios para la realización del manual de contratación de ese establecimiento público, que se regirá por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, su legislación complementaria y la normatividad civil y comercial aplicables.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define al contrato de prestación de servicios como el realizado para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, los cuales pueden celebrarse únicamente con personas naturales cuando tales actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. De ahí que la jurisprudencia determine como características principales de este tipo de contrato: la autonomía del contratista, la especialidad de la gestión y la excepcionalidad de su celebración[2]

Igualmente, en punto a definir los atributos determinantes de este tipo de contrato, precisó el Consejo de Estado:

> *"Siguiendo los planteamientos de la Corte Constitucional[3], el contrato de prestación de servicios podría caracterizarse por tres grandes rasgos: (i) versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, la capacitación y la formación profesional o técnica o de otro tipo de una persona en determinada materia, persona con la cual se conviene la realización de las respectivas labores; (ii) la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado, según las estipulaciones*

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de diciembre de 2013. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Ref.: 41.719
[3] Sentencia C- 154 de 1997. M. P. Hernando Herrera Vergara

acordadas; y (iii) la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado, esto es apenas el período indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido, pues en caso de que las actividades atendidas a través de contratistas vinculados a través de esta modalidad negocial demanden de una permanencia mayor e indefinida, más allá del anotado carácter excepcional y temporal para convertirse en exigencias o necesidades ordinarias y permanentes, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes con el fin de que se dé cabal cumplimiento a los previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleado público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente"[4]

De lo anterior se concluye, que frente al cumplimiento del objeto contractual, el contratista se encuentra en total libertad profesional de presentar la propuesta que en su criterio sea la más viable, eso sí, debiendo ajustarse a los parámetros del contrato celebrado, pues se recuerda que atendiendo al tipo de contrato la elección del contratista se dio por sus capacidades profesionales.

En contraste con lo expuesto, pero en línea con la norma bajo la cual se rige el contrato objeto de estudio –Ley 80 de 1993-, se establece como fin general de la contratación estatal la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (art. 3), para lo cual, como entidad pública contratante debe exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, así como adelantar revisiones periódicas de los servicios prestados para verificar que cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas (No. 1º y 4º del art. 4º).

De suerte que la generalidad es que para entenderse cumplido el objeto de cualquier contrato, la Administración como contratante del servicio verifique que el producto contratado cumple a satisfacción con las calidades buscadas al momento de contratar.

[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2012. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Ref.: 22.822

Es así como para el caso concreto debe atenderse también el principio general de "pacta sunt servanda", que de acuerdo con lo establecido en los artículos 1494 y 1602 del C. C. aplicables por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, consiste en que el contrato como acuerdo de voluntades es fuente de obligaciones y lo allí pactado es ley para las partes, por lo que el clausulado del contrato son los parámetros bajo los cuales se aceptó cumplir con las obligaciones adquiridas.

Para el presente caso, se estableció que el pago del segundo 50% del contrato estaba sujeto a la entrega de la versión terminada del contrato y a la expedición de constancia escrita de cumplimiento por parte del supervisor (clausula tercera del contrato visible a folio 7 del expediente), condición que fue aceptada por la contratista.

Se concluye entonces que debe existir un balance entre estas dos características (autonomía del contratista en la ejecución del servicio y cumplimiento estricto de las cláusulas del contrato) para que se dé una observancia plena de los fines de la contratación estatal y del tipo de contrato celebrado, pues de lo contrario, en un extremo se estaría ante la pérdida de la finalidad de la contratación pública, y del otro ante la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, mutándolo a otra de las formas de contratación pública, caso frente al cual ha mencionado la jurisprudencia, el juez está en la facultad de interpretar el contrato señalando a qué tipo corresponde lo pactado para de ahí resolver los conflictos que sobre el mismo surjan. En concreto mencionó[5]:

> *"Finalmente se debe tener presente que con independencia de la denominación que las partes atribuyan a un contrato, en su interpretación el Juez debe establecer la naturaleza que en realidad corresponde al objeto contractual y las obligaciones efectivamente pactadas, de acuerdo con los dictados de los artículos 1618 y 1621 del Código Civil, que en su orden disponen* ***la prevalencia de la intención de las partes sobre lo literal de las palabras y la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, las cuales constituyen reglas de interpretación de las***

[5] Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 30 de octubre de 2013. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Ref.: : 25000-23-31-000-2000-01696-01(32720)

obligaciones de los contratos *estatales por disposición del artículo 13 de la Ley 80 de 1993"*[6] (Negrilla fuera de texto)

3. –De la naturaleza y finalidad de la segunda instancia

La segunda instancia se erige como principio constitucional y derecho fundamental, al incorporarse dentro del capítulo I del Título II de la Carta Política, estableciéndose en el artículo 31 que toda sentencia judicial puede ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagra ley; por lo que a primera vista puede deducirse que surge para garantizar la objetividad de la decisión judicial y para que las partes tengan la posibilidad de señalar posibles inconsistencias o abusos en lo resuelto.

Tratándose de un principio de contenido constitucional, la finalidad de la doble instancia fue definida por la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2014, en los siguientes términos:

> *"la doble instancia tiene por objeto garantizar la corrección del fallo judicial, y en general, "la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad"... persigue el objetivo impersonal de garantizar la corrección judicial"*

Este principio tiene también como finalidad, dentro del derecho fundamental del debido proceso, la posibilidad de controvertir los argumentos expuestos por el juzgador, respecto a la manera en que resolvió los planteamientos de la demanda y de su contestación, así como la valoración realizada a las pruebas.

De manera que su propósito se configura de manera adecuada, cuando se plantean en el recurso de apelación las razones por las que se considera erró el a quo **frente a las posiciones sobre las que tenía que decidir**, siendo inadecuado por tanto, traer a segunda instancia aspectos que no hicieron parte de la sentencia, pues además de desfigurar la finalidad de la doble instancia,

---

[6] Artículo 13.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley."

también se amenazaría el derecho al debido proceso de la contraparte, por plantearse un conflicto que no tuvo la oportunidad de agotar el trámite correspondiente.

4. –Del caso concreto

Como se recordará, con la demanda se busca declarar el incumplimiento del contrato 050 de 2011 por parte de la entidad demandada ordenando las indemnizaciones a que haya lugar, y declarar la nulidad del acto administrativo que dispuso la terminación unilateral del mismo contrato, lo cual conduce a estudiar el cumplimiento del objeto contractual.

De acuerdo a las conclusiones obtenidas en precedencia, el tipo de contrato celebrado conlleva que el contratista tenga libertad técnica en la ejecución del servicio, sin embargo, el mismo se encuentra sujeto a aprobación del supervisor del contrato quien debía dar constancia escrita del cumplimiento del objeto contractual, situación que en parte generó el conflicto, por cuanto el contratante asegura que quedaron pendientes correcciones y el contratista indica que hizo entrega de tres proyectos de manual de contrataciones que cumplían con las exigencias contractuales.

Si bien tal estipulación contractual puede abrir campo a que el contratante asuma posiciones arbitrarias por su evidente posición dominante, debe recordarse que la buena fe se presume, y que la administración de justicia como órgano imparcial está en la capacidad de dilucidar tales excesos, siempre y cuando se realice una juiciosa exposición probatoria, que claro está, se encuentra a cargo del demandante.

En efecto, no puede permanecer un contratista realizando correcciones diferentes a su producto luego de cada entrega, pues el deber ser en este tipo de asuntos conlleva a que en la medida de lo posible se hagan en una sola oportunidad todas las observaciones correspondientes; un cambio de parecer de

la administración en el producto a entregar muestra improvisación y desorden en su proceder, cuyas consecuencias no deben ser asumidas por un tercero ajeno a su negligencia.

Ahora bien, aunque hace parte del pacta sunt servanda el hecho de que el supervisor del contrato deba certificar el cumplimiento del objeto contractual, no puede perderse de vista que en todo caso, tal aspecto hace parte de una cláusula de adhesión[7] en la que el contratista se somete a la voluntad del contratante, y de la que si bien corresponde respetar lo pactado, mal haría la jurisdicción en respaldar cláusulas abusivas o comportamientos que se erijan como transgresores de derechos de las partes o de la naturaleza de la actuación y función administrativa.

De modo que aun teniendo claridad que en los términos del contrato se presentó incumplimiento por parte del contratista (tal como lo estableció el a quo), pues nunca se expidió la certificación del supervisor de recibir a satisfacción el trabajo contratado, corresponde a esta segunda instancia determinar si la administración incurrió en comportamientos abusivos frente al trabajo

---

[7] En referencia a los contratos de adhesión en materia pública el Consejo de Estado, en sentencia de 20 de junio de 2002 Radicación número: 11001-03-26 -000-2000-0004-01(19488) proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque, mencionó:
"No tiene discusión que la voluntad recíproca constituye un principio básico y elemental de derecho de todo contrato, sea este privado o público, como tampoco la tiene que los contratos de adhesión son una modalidad de relación negocial aceptada por la ley.
LARROUMET luego de definir el contrato de adhesión como aquel en el que se "somete la libertad contractual de un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato", precisa que "la ausencia de libre negociación no constituye un obstáculo para hacer entrar el contrato de adhesión dentro del marco del concepto de contrato, puesto que obedece a la característica común de todos los contratos, o sea, la voluntad de vincularse jurídicamente."
Y también afirma que "si no hay duda de que el contrato de adhesión supone la ausencia de libre negociación entre las partes, cuando el legislador o la jurisprudencia no hace de él un contrato dirigido, no hay ningún ataque contra la libertad contractual por parte de quien impone su voluntad al otro, cuya voluntad contractual se reduce a aceptar o a negarse a celebrarlo, si las condiciones que se le imponen no le convienen" (...)",
"(...)De modo que ***en materia de contratos administrativos, la expresión de voluntad de las partes y la elaboración de las cláusulas del contrato, tanto pueden lograrse mediante una libre discusión entre las partes interesadas, como "adhiriéndose" el administrado -cocontratante- a cláusulas prefijadas al respecto por el Estado****. Esto último es lo que la doctrina del derecho denomina "contrato por adhesión".*
La conjunción de voluntades y el contenido del contrato administrativo pueden, pues, expresarse o establecerse mediante cualquier medio idóneo reconocido al respecto por la ciencia jurídica. No es indispensable, entonces, la discusión directa de las cláusulas contractuales entre las partes; basta con que una de éstas - el "administrado" o cocontratante - se "adhiera" a las cláusulas contractuales prefijadas por la otra ("Administración Pública") ... ***Si bien la voluntad del administrado es esencial para la existencia del contrato administrativo, dicha voluntad puede ser idóneamente expresada por "adhesión", pues este procedimiento armoniza plenamente con las modalidades del derecho público y con las finalidades de la actividad de la Administración Pública****."* (Negrilla fuera de texto)

entregado por el contratista, ya que se advierte que en la forma en que se dispuso la acreditación del objeto contractual, la entidad demandada bien pudo llenarse de razones para no dar nunca el visto bueno al trabajo entregado, y utilizarlo sin reconocer la totalidad de su valor, supuestos que en todo caso –como se mencionó- corresponden a la carga probatoria del demandante.

Sobre el punto, la parte actora se limita a reprochar la cantidad de observaciones realizadas por la administración a los proyectos de manual de contratación, así como el número de correcciones presentadas y los diferentes proyectos de manual de contratación entregados, sin que se realice un verdadero análisis probatorio-argumentativo de por qué considera dio cabal cumplimiento del objeto contractual, ya que el número de correcciones presentadas, per se, no constituye una muestra de su cumplimiento. Y de igual manera el número de proyectos entregados no es prueba que ponga en evidencia la calidad del producto o el verdadero cumplimiento del objeto contractual, más aún cuando la administración hace señalamientos, que finalmente no fueron cumplidos (hecho trigésimo noveno de la demanda) y el demandante no demuestra por qué, contrario a lo afirmado por la Administración, su trabajo sí cumplía con tales requisitos, o por qué a la luz de lo pactado en el contrato no era su obligación cumplirlos, únicas eventualidades bajo las cuales puede argüirse un incumplimiento del contratante, una vez prestado el servicio.

De igual manera, no puede perderse de vista que en virtud de la característica sinalagmática del contrato estatal, quien señale su incumplimiento debe demostrar en primer lugar el cumplimiento de sus obligaciones[8], aspecto que conforme con el anterior análisis no se presentó, y que si bien fue señalado por el a quo, tampoco se dijo nada al respecto en el recurso de apelación, no siendo

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de mayo de 2016. C. P. Stella Conto Díaz Del Castillo, Rad.: 25000-23-15-000-2004-00525-01(33383): "*Conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato se constituye en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 ibídem, en fuente de obligaciones, las que, tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte hasta tanto la otra no cumpla o se allane a cumplir lo que le corresponde (art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala resulta claro que* ***para invocar la declaratoria de incumplimiento parcial o total, cada parte debe acreditar que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, en la forma y tiempo debidos****"* (Destacado de la Sala)

posible entonces afirmar que la administración incumplió el contrato por no realizar el pago acordado, pues el contratista no demostró el cumplimiento de sus obligaciones, dándose de esta manera lo que la jurisprudencia ha determinado como exceptio non adimpleti contractus, definida en los siguientes términos:

> *"La exceptio non adimpleti contractus es una regla legal y de equidad que orienta los contratos que son fuente de obligaciones correlativas o sinalagmáticas; está prevista así en el Código Civil: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos." (art. 1609).*
>
> *3. Por virtud de la excepción de contrato no cumplido la parte contratista está legitimada, legalmente, para no ejecutar sus obligaciones mientras su co contratante no ejecute las propias ( ). La aplicación de esta figura legal respecto de las relaciones jurídicas derivadas de los contratos estatales fue acogida por la jurisprudencia luego de un importante proceso evolutivo en el cual existían posiciones encontradas. Esta Corporación determinó su procedencia condicionada al cumplimiento de requisitos particulares, dispuestos en consideración a la especial naturaleza de los contratos del Estado, en los cuales prima la protección del interés público respecto del interés particular"*[9].

Con todo, es claro para la Sala que no se encuentra demostrado incumplimiento alguno por parte del contratante.

Determinado lo anterior, la Sala se ocupará del estudio puntual de los argumentos de impugnación, los cuales deben ser analizados en correspondencia con las pretensiones de la demanda, que se recuerda son declarar la nulidad del acto administrativo que dispuso la terminación unilateral del contrato, y declarar el incumplimiento del contrato ordenando las indemnizaciones a que haya lugar, por lo que los asuntos por resolver se pueden dividir en dos grupos: (i) los que señalan irregularidades en la expedición del acto administrativo por el cual se declaró la terminación unilateral del contrato, que son la inexistencia de causal para declarar la terminación unilateral y considerar que su expedición fue irregular; y (ii) los que cuestionan decisiones específicas tomadas por el a quo, esto es, el no realizar una valoración de la

[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. María Elena Giraldo Gómez, sentencia de 13 de septiembre de 2001 Rad.: 52001-23-31-000-1993-5282-01(12722)

legalidad de la Resolución 305 de 2013; y el haber dado por probado, sin estarlo, que la entidad demandada no violó el debido proceso contractual.

Respecto al argumento de inexistencia de causal de terminación unilateral del contrato, en que se funda la solicitud de declaratoria de nulidad de la Resolución 305 de 2013, es importante traer a colación las consideraciones referentes a la finalidad de la doble instancia, ya que si bien existe un amplio pronunciamiento jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sobre terminación unilateral del contrato estatal, debe estudiarse en principio la procedencia de la discusión de ese argumento de impugnación en este momento procesal, teniendo en cuenta que los cargos ahora señalados en contra del acto administrativo, no fueron expuestos en primera instancia y por tanto su discusión no se abordó en esa etapa procesal.

En efecto, tanto del texto de la demanda, como de su adición y de los alegatos de conclusión expuestos en primera instancia, se observa que la falsa motivación del acto administrativo por no encajar la declaratoria de terminación unilateral del contrato en una de las causales establecidas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, no fue objeto de discusión en primera instancia y tampoco fue expuesto como argumento de la demanda, por lo que la parte demandada no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema.

Ciertamente, el texto de la demanda no incluye justificación alguna de falta al debido proceso administrativo o sustento de las causales de anulación del acto administrativo, por cuanto fue con la adición de la demanda que se incluyó la pretensión de nulidad de la Resolución 305 de 2013; sin embargo, en ese momento se le incluyeron nuevos hechos a la demanda y se modificaron sus pretensiones pero no se expusieron fundamentos de derecho o concepto de violación que sustentara la anulación del acto administrativo, es decir, que la pretensión fue formulada sin soporte jurídico alguno, siendo los únicos argumentos expuestos en contra del acto administrativo los señalados en los alegatos de conclusión referentes a la vulneración al debido proceso para la

expedición del acto, y la falsa motivación por indicarse que se terminaba el contrato por el incumplimiento del contratista, lo cual considera el demandante, no fue probado.

Como se ve, además de no ser planteado tal asunto en el texto de la demanda, lo cual sesga el derecho de la contraparte a excepcionar y contraprobar la acusación de nulidad, tal argumento no fue expuesto en ningún momento de la primera instancia.

De suerte, que un estudio de fondo sobre esa causal de anulación del acto administrativo en este momento procesal, implicaría una transgresión al derecho al debido proceso de la parte demandada que no tuvo la oportunidad de discutir el asunto, y su estudio conllevaría a que el ad quem emita un pronunciamiento que en sus efectos se asimile a la primera instancia.

Adicional a lo anterior, no puede perderse de vista que la situación jurídica planteada por la parte actora en el recurso de apelación (anulación del acto administrativo por inexistencia de causal para declarar la terminación unilateral del contrato) no hizo parte de la fijación del litigio, y por tanto no puede ser discutido en segunda instancia, pues implicaría resolver un conflicto que no agotó el trámite de primera instancia.

De suerte que tal argumento debe ser descartado por no ser parte del debate evacuado en primera instancia.

Frente al argumento de la presunta expedición irregular del acto administrativo –justificado en haberse presentado vulneración al debido proceso administrativo como consecuencia de señalarse el incumplimiento del contrato por parte del contratista, pero no haberse iniciado la actuación administrativa del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011- es claro que tampoco resulta de recibo, pues al igual que con el anterior argumento de impugnación, se trata de un asunto que no hizo parte del planteamiento inicial del proceso y su solución en

este momento procesal conllevaría la transgresión del derecho al debido proceso del no apelante y la desnaturalización del actuar de la administración de justicia.

Aún con lo anterior, debe señalarse sobre este punto, que tal posición tampoco tendría vocación de prosperidad por cuanto la entidad demandada no buscó la declaratoria de incumplimiento del contrato ni lo dispuso de esa manera en el acto administrativo demandado, por el contrario, es el demandante el que pretende establecer que la entidad demandada incumplió el contrato, correspondiendo a la parte actora en primer lugar, demostrar que por su parte se dio el cumplimiento del objeto contractual, lo cual, como se analizó en la primera parte de estas consideraciones, no ocurrió.

Finalmente, en cuanto a los errores en que se indica incurrió la sentencia de primera instancia, se encuentra, frente a la alegada falta de valoración por parte del a quo de la legalidad de la Resolución 305 de 2013, que si bien no existían argumentos de nulidad sobre los cuales decidir, se realizó el estudio del debido agotamiento del trámite administrativo para la expedición de la terminación unilateral del contrato, encontrándolo cumplido, es decir, que no encontró ilegalidad en la expedición del acto, de manera que el asunto fue estudiado y resuelto de fondo.

Y frente a la afirmación de darse por probado, sin estarlo, que la entidad demandada no violó el debido proceso contractual, esto es, el estricto cumplimiento de las reglas establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ha de descartarse por cuanto en la sentencia de primera instancia se realiza un análisis pormenorizado de las etapas y de por qué se dio su cumplimiento, y el demandante se limita a lanzar la afirmación sin aportar prueba de ese supuesto incumplimiento, ni realiza un análisis o argumentación sobre qué parte del proceso administrativo fue incompleto o violatorio del debido proceso, siendo ésta una carga que corresponde a la parte actora.

No puede pretender el demandante que la jurisdicción sea un instrumento que deba dedicar su función a corroborar las conjeturas de las partes. Debe recordarse que la carga jurídica, argumentativa y probatoria es una de las razones por las que se exige que se concurra a los estrados mediante apoderado judicial (art. 160 del C. P. A. C. A.), y por la que la jurisdicción contencioso administrativa tiene la característica de rogada, de otro modo no serían exigibles esas cargas y bastaría con que quien se sienta afectado por la administración exprese sus inconformidades ante la justicia para que ésta se encargue de lo demás.

En este sentido, el artículo 103 del C. P. A. C. A. es perentorio al disponer que "Quien acuda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código".

5. -Costas y agencias en derecho

En el asunto *sub examine* no hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado[10] en sentencia de 16 de abril de 2015, éstas deben estar acreditadas, y una vez revisado el cuaderno en segunda instancia da cuenta la Sala que no aparece probada su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P., "*solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.",* condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.

[10] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.Actor: C.I. CITITEX DE COLOMBIA S.A. HOY CITITEX UAP S.A. Demandado: DIAN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja de fecha 10 de junio de 2015, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

TERCERO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSE ASCENSION FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante: **Blanca Lilia Sierra De Cabra**
Demandado: **Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**
Expediente : **15001-33-33-009-2015-00096-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2016, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, según lo indica el artículo 138 del C.P.A.C.A., con el fin de obtener la nulidad del Oficio DESTJ14-2193 de 4 de septiembre de 2014, por medio del cual la entidad demandada le negó el pago de la bonificación judicial creada con el Decreto 383 de 2013, y la nulidad de la Resolución 5573 de 24 de diciembre de 2014, por la cual se resolvió un recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la decisión contenida en el acto administrativo anterior.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se le reconozca y pague la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional, con efectividad a partir de enero del mismo año, y que se reconozcan a su favor las diferencias adeudadas por concepto de remuneración y prestaciones sociales, a partir del 1º de enero de 2013, con inclusión de la bonificación judicial.

Así mismo, pidió que al liquidar las sumas dinerarias a su favor los valores sean reajustados en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que se indexen las diferencias resultantes entre lo reconocido en la pretensión anterior y hasta la fecha en que se dé el pago efectivo.

Finalmente solicitó que, de no darse cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A., se reconozcan y paguen a su favor los intereses moratorios ordenados en dicha norma, y que se condene a la demandada a pagar las costas del proceso, de conformidad con el artículo 188 de la misma disposición.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Manifestó encontrarse vinculada a la Rama Judicial desde hace más de 20 años, y haber optado por no acogerse al nuevo régimen salarial establecido en el Decreto 57 de 1993, modificado por los decretos 110 de 1993, 106 de 1994, 46 de 1995 y 874 de 2012. Que mediante Decreto 383 de 2013 se creó una bonificación para los servidores públicos de la Rama Judicial a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los referidos decretos, la cual únicamente constituiría factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Indicó que mediante derecho de petición solicitó a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja inaplicar el artículo 2 del Decreto 383 de 2013 y, consecuentemente, reconocerle y pagarle la bonificación judicial como factor salarial y prestacional, petición que le fue negada por la entidad demandada mediante los actos administrativos atrás referidos.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 25 de junio de 2015 (fls. 48-50), en el que además se ordenó notificarla a la entidad accionada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público, de

conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P.

1. -Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda (fls. 70-74) en los siguientes términos:

Señaló que la facultad para fijar la remuneración de los servidores públicos radica exclusivamente en el Congreso y que la entidad demandada, como órgano ejecutor de la Rama Judicial, se encuentra sometida al imperio de la ley y no le está dado dar alcance a las normas cuya competencia no le es atribuible.

En tal sentido, indicó que los actos demandados gozan de la presunción de legalidad, más, teniendo en cuenta que el actor pertenece a un régimen salarial y prestacional distinto del cual solicita su aplicación. Agregó que la entidad obró de conformidad con los parámetros señalados en las normas que rigen la materia y que no tiene competencia para extender los efectos de las normas salariales a servidores en situaciones diferentes a las contempladas en las mismas.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó inexistencia del demandado, inepta demanda y cobro de lo no debido.

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 5 de noviembre de 2015 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del C.P.A.C.A (fl. 99).

Evacuadas las etapas previstas en la audiencia inicial celebrada el 19 de noviembre de 2015, el *a quo* no advirtió la existencia de causales de nulidad, resolvió las excepciones propuestas, fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas con la demanda y su contestación (102-104).

3. Audiencia de pruebas

El 7 de diciembre de 2015 (fl. 134) se realizó la audiencia de pruebas, oportunidad en la que se dispuso apreciar con el correspondiente valor probatorio la información allegada y correr traslado para alegar de conclusión, término durante el cual no se allegó pronunciamiento alguno.

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante fallo proferido el 28 de enero de 2016 (fls. 136-148), negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones.

Señaló que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los beneficios establecidos para cada régimen en particular no pueden ser valorados de manera aislada, en la medida que deben ser analizados en su conjunto a fin de verificar si la presunta desventaja originada en un régimen especial, se encuentra compensada por otra prestación incluida en el mismo texto.

De esta manera procedió a confrontar los beneficios de cada régimen, comparando los valores que se pagan en cada uno para el cargo desempeñado por la demandante (Oficial Mayor de Circuito), encontrando que si bien no se le paga la bonificación judicial, devenga otras prestaciones como la prima de antigüedad que compensan la desventaja ocasionada por el no pago de la bonificación, con lo cual no se evidencia vulneración al derecho a la igualdad.

Agrega que del comparativo también se deduce que la demandante devengó durante los años 2014 y 2015 sumas superiores a las percibidas por un trabajador del régimen acogido, lo que consideró, constituye otra evidencia de la inexistencia de trato discriminatorio a la demandante.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La parte demandante radicó dos escritos de recurso de apelación en término. El primero, presentado por los apoderados iniciales el 15 de febrero de 2016 (fls. 156-171), y el segundo radicado por su nuevo apoderado al día siguiente (fls. 172-173), los cuales se estudiaran en conjunto.

En el primero de los escritos el recurso se concreta en los siguientes puntos:

1. Naturaleza jurídica de la prima de antigüedad

Señaló que como ocurre con otros incentivos, la prima de antigüedad fue concebida como un plus en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en su definición normativa tuviera carácter salarial, prestacional o simplemente bonificatorio; que la misma constituye un reconocimiento al servidor público por sus años de trabajo y experiencia brindada a la administración de justicia, lo cual incentiva un mayor desempeño en las labores encomendadas; y que no hay lugar a confundirla con los incrementos salariales a que tienen derecho los servidores públicos por los efectos inflacionarios.

Aseguró que la prima de antigüedad reconocida a la demandante desde hace más de 20 años es independiente y autónoma frente de los incrementos salariales no reconocidos y pretendidos bajo la figura de la bonificación judicial, y que al estar constituida como salario y no como auxilio, no cabe pretender constituirla en una forma de compensar los incrementos salariales ordenados por la ley y justificar con ello la inaplicación de la nivelación salarial ordenada por la Ley 4 de 1992.

2. Inaplicación del Decreto 383 de 2013, artículo 2, por contravenir el artículo 4 de la Constitución Política y los principios constitucionales de igualdad, derecho al trabajo en condiciones de dignidad y justicia, buena fe y confianza legítima

Manifestó que por virtud de tales principios constitucionales procede inaplicar en su caso el artículo 2 del Decreto 383 de 2013, dando lugar al reconocimiento a su favor de la bonificación judicial, sin que deba discriminársele por el hecho de encontrarse inmersa en el régimen anterior a la Ley 57 de 1993. Señaló que la mencionada disposición enuncia una marcada discriminación en contra de los empleados antiguos o no acogidos, al tener que esperar que se promedie el total de los ingresos anuales de los empleados acogidos para determinar si aquellos tienen derecho a la nivelación. En tal sentido, aseguró que toda vez que los ingresos de los no acogidos son mayores, nunca podría alcanzar dicha bonificación.

Agregó que la prima de antigüedad constituye un derecho adquirido por quienes han sido empleados por más de 20 años, y que es lógico que una persona que ingresó hace pocos meses o años no tenga derecho a devengarla; así mismo, consideró que no es lógico que quienes tenían derecho a la nivelación salarial desde 1992 no tengan hoy derecho al pago de la bonificación judicial, mientras que quienes se encuentran vinculados hace pocos meses o años sí tienen derecho a percibirla.

3. La bonificación judicial ordenada en el Decreto 383 de 1993 es factor salarial con incidencia prestacional

Indicó que si bien conforme el trato normativo y jurisprudencial, constituyen salario todas las sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, la bonificación de que trata el Decreto 383 de 2013 es una prestación periódica disimulada como nivelación salarial, la cual, al no corregir el desequilibrio respecto de los demás servidores públicos, debe ser tomada como factor prestacional y entrar a liquidar todas las prestaciones devengadas por la actora.

Adujo que no obstante por mandato legal el ejecutivo no puede desmejorar las condiciones laborales en materia salarial y prestacional de los servidores

públicos, con la expedición de los decretos que desarrollaron la Ley 4 de 1992 extralimitó sus funciones, creando una bonificación judicial que no impactó la situación prestacional de todos ellos.

En el segundo de los recursos presentados se señala que ni la Constitución ni la ley pueden discriminar a los empleados de una misma rama por lo que se desconoce el principio de la igualdad, la irrenunciabilidad de derechos y garantías sociales, y que si no se cambió de régimen es porque no se puede obligar a un trabajador a que se acoja a unas normas que no le benefician. De manera que al estar demostrado que la demandante se encuentra vinculada con la Rama Judicial y reconocerse el derecho a la bonificación judicial para estos empleados en el Decreto 383 de 2013, se le debe pagar tal prestación.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de 25 de febrero de 2016, el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto (fl. 176).

En providencia del 1 de abril de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandante (fl. 181).

A través de proveído de 7 de junio de 2016, se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo traslado para alegar de conclusión, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A. (fl. 184), sin que las partes allegaran pronunciamiento alguno.

VII. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

El problema jurídico que debe resolverse consiste en determinar si a la actora, en su calidad de servidora judicial no acogida al régimen salarial y prestacional

del Decreto 57 de 1993, le asiste derecho al reconocimiento de la bonificación judicial establecida en el Decreto 383 de 2013 para los servidores acogidos al nuevo régimen.

Para tal fin, la Sala abordará el estudio i.) El régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial; ii.) La Aplicación del juicio de igualdad en relación con regímenes laborales diferentes; y iii.) El caso concreto.

2. Del régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial

El artículo 150 de la Constitución Política, en el numeral 19, asignó al Congreso de la República competencia para dictar las normas generales, entre otras materias, para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

En ejercicio de tales atribuciones, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual se señalan normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del mismo Congreso y de la fuerza pública, y respecto de la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, la cual previó en su artículo 1:

> "El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:
>
> "…b. Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la Repúiblica:
>
> (…)".

Así, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 057 de 1993, el cual, entre otras disposiciones, consignó:

> Artículo 1. El régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios del cualquiera de las ramas del Poder Público, organismos o instituciones del Sector Público.

> Artículo 2. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar podrán optar por una sola vez, antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto.
> Los servidores públicos que no opten por el régimen aquí establecido continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha.
>
> (…).
>
> Artículo 12. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar que tomen la opción establecida en este Decreto o se vinculen por primera vez, no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional, de capacitación y cualquier otra sobrerremuneración. Las primas de servicios, vacaciones, navidad y las demás prestaciones sociales diferentes a las primas a aquí mencionadas y a las cesantías se regirán por las disposiciones legales vigentes. (…)".

Es así como a partir del año 1993 se estableció un nuevo régimen salarial y prestacional obligatorio para los servidores que se vincularan a la Rama Judicial a partir del mes de enero de ese año, mientras que para los vinculados con anterioridad estableció la posibilidad de optar por someterse al nuevo régimen salarial o continuar rigiéndose por las disposiciones vigentes para ese momento, esto es, el Decreto 51 de 1993.

Respecto de los servidores que optaron por permanecer en el régimen anterior, el artículo 17 de ibídem estableció un incremento salarial adicional, así:

> **Artículo 17. En desarrollo de los dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, los empleados de la Rama Judicial que no opten por el régimen establecido en el presente Decreto tendrán derecho a un incremento del dos punto cinco por ciento (2.5%) sobre la asignación básica mensual que tenían a 31 de diciembre de 1992, sin perjuicio de los incrementos decretados por el Gobierno para el año 1993.**

En cuanto al carácter adicional de dicho reconocimiento, frente a los incrementos anuales a que por ley tienen derecho los servidores públicos por efectos de la inflación, esta Corporación[1], en reciente pronunciamiento, señaló:

> "…De la jurisprudencia citada se concluye que no cabe ninguna interpretación con respecto a lo dispuesto en el artículo17 del Decreto 57 de 1993 pues el mismo es claro al establecer un incremento porcentual adicional de nivelación para ese año, que se aplica sobre la asignación básica que devengaban los servidores a 31 de diciembre de1992, es decir que además de este incremento adicional tenían derecho al incremento anual ordinario fijado para ese año por el Decreto 51 de 1993.

---

[1] *Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de decisión No. 5, Sentencia del 14 de junio de 2017, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo*

En suma, al interior de la Rama Judicial coexisten dos regímenes salariales y prestacionales, a saber:

1. El régimen salarial y prestacional aplicable a los trabajadores vinculados antes del 1º de enero de 1993 y que no optaron por acogerse al nuevo régimen contenido en el Decreto 057 del mismo año, y

2. El régimen salarial y prestacional adoptado a partir de la expedición del Decreto 057 de 1993, el cual aplica de manera obligaría para quienes se vincularon a partir del 1º de enero de 1993, o para quienes habiendo ingresado antes de dicha fecha decidieran acogerse al nuevo régimen.

Ahora bien, como resultado del paro adelantado por la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación en el año 2012, tendiente a obtener la nivelación salarial ordenada por la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional, acordó reconocer el derecho de los referidos servidores a tener una nivelación de su remuneración, en los términos de la precitada ley, disponiendo la partida a ser distribuida en los presupuestos anuales, iniciando en la vigencia fiscal 2013 y culminando en la vigencia fiscal 2018.

En virtud de lo anterior fue expedido el Decreto 383 de 2013, "Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones", así:

> **Artículo 1°.** Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (…)."

A su turno, el artículo 2º de la misma disposición señaló:

> **Artículo 2°.** Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de

> 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

En ese contexto, únicamente los trabajadores que optaron por acogerse al Decreto 57 de 1993 tienen derecho a percibir la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013.

Sin embargo, en relación con los trabajadores no acogidos, la misma disposición estableció que para devengar la mentada bonificación es requisito sine qua non tener un ingreso anual inferior al ingreso total anual más la bonificación creada respecto de los trabajadores acogidos que ejercen el mismo empleo.

Por otra parte, frente a la posibilidad de que los empleados de la Rama Judicial vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 57 de 1993 pudieran beneficiarse simultáneamente de los dos regímenes salariales y prestacionales, el Consejo de Estado[2] consideró:

> "… Para la Sala como ya se esbozó no es posible que un empleado pueda, simultáneamente, beneficiarse de ambos regímenes porque esto rompe el principio de inescindibilidad, además de que el régimen nuevo y el anterior no son compatibles, tienen características propias que los hacen autónomos e independientes, aceptar la posibilidad de mezclar los regímenes implica una intromisión en la función del legislador porque se estaría creando un régimen nuevo y, por supuesto, alteraría el funcionamiento de la administración pues el juez estaría usurpando competencias de otras autoridades. (…).
>
> En otras palabras las pretensiones no pueden prosperar porque la parte demandante al no acogerse simultáneamente a los aspectos más favorables que han venido ofreciendo los regímenes alternativos arriba aludidos, porque de aceptarse esta situación se vulneraría el principio de inescindibilidad de las normas, sino que no sería justo y equitativo frente a quienes se encuentran bajo el ordenamiento expedido en cumplimiento de la Ley 4ª de 1992, que solo tienen derecho a la asignación básica sin primas de ninguna índole.
>
> Al respecto la Corte Constitucional en lo referente a la aplicación del Decreto 84 de 1994, en fallo del 6 de octubre de 1994, con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; advirtió:
>
> *"… De aceptarse la aplicación de las disposiciones salariales establecidas en el decreto 84 de 1994 a los funcionarios de la fiscalía regidos por el régimen ordinario (con derecho a primas y demás prestaciones), estos terminarían recibiendo una mayor remuneración por su trabajo que aquellos funcionarios de la fiscalía, con igual cargo y graduación, regidos por*

[2] *Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de 26 de febrero de 2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez*

> *el régimen de la entidad (decreto 52 de 1993, decreto 84 de 1994) y que optaron por el decreto 53 de 1993, ya que estos últimos no tienen derecho a primas y demás prestaciones sociales como si la tienen los primeros."*
>
> En conclusión, teniendo en cuenta que la parte actora continuó con el régimen anterior no rersultan aplicables los beneficios de los regímenes nuevos. (…)."

Así las cosas, aquellos servidores que optaron por no acogerse al régimen salarial y prestacional dispuesto en el Decreto 57 de 1993, no pueden devengar adicionalmente una bonificación que se encuentra regulada en un régimen salarial distinto.

3. Aplicación del juicio de igualdad en relación con regímenes laborales diferentes

En criterio de la Corte Constitucional, resulta admisible que el legislador en el ejercicio de sus competencias expida uno o varios ordenamientos que establezcan las normas para regir el vínculo laboral de los trabajadores, tanto en el sector público como en el sector privado, siempre y cuando dichas normas se adecúen al ordenamiento constitucional, en especial al artículo 53. Al respecto, el alto Tribunal[3] señaló:

> "… El artículo 53 del estatuto superior no pretende una ciega unificación normativa en materia laboral que desconozca la facultad del legislador de establecer regímenes diferenciados mas no discriminatorios, atendiendo a las particularidades concretas de las relaciones de trabajo que se pretende regular. Su finalidad es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley (…)".

En similar sentido, la Corte precisó que para efectos de establecer violaciones al principio de igualdad no es conducente comparar distintos estatutos especiales, que establecen diversos regímenes salariales y prestacionales, por partirse de supuestos de hecho que no son idénticos[4]; en tal sentido consideró:

> "Si cada uno de estos regímenes especiales es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, se encuentra que los beneficios particulares

[3] *Corte Constitucional, Sentencia C-055 de 1999*
[4] *Corte Constitucional, Sentencia C-995 de 2000*

contemplados en cada uno de ellos, no pueden ser examinados aisladamente, fuera del contexto del régimen especial, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales. El juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, la cual no se presenta en el caso bajo examen, pues diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, que hacen que cada beneficio en particular no pueda ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad.

En relación con lo anterior, es decir con la necesidad de aplicar íntegramente los regímenes laborales especiales, la jurisprudencia ha hecho ver, adicionalmente, que la circunstancia de que en uno de ellos se consagren ciertos beneficios, que no son reconocidos en otros, usualmente se ve compensada por el hecho de que respecto de otra prestación, puede suceder lo contrario. Así ha dicho que "teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen. Por ello, las personas "vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general". En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica."

Adicionalmente, la existencia de los diferentes regímenes existentes, los cuales, como se dijo, deben ser aplicados integralmente, encuentra su justificación en diversas circunstancias constitucionalmente válidas. Sobre el punto la jurisprudencia ha dicho: *"En tal virtud, dicha regulación ha obedecido a diferentes motivos, como son: las distintas naturaleza y modalidades de la relación de trabajo, los diferentes tipos de entidades, nacionales, departamentales, distritales y municipales, el otorgamiento de especiales beneficios a ciertos sectores de empleados, en razón de la naturaleza de la labor que desempeñan, las limitaciones presupuestales, la necesidad de organizar y poner en funcionamiento o fortalecer cajas de previsión social encargadas del pago de las prestaciones de los servidores públicos, etc." (...)".*

Criterio adoptado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 14 de abril de 2016, con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, así:

"… En el caso particular de los diferentes regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos, la Corte Constitucional en diferentes oportunidades ha subrayado la improcedencia general del juicio o test de igualdad entre ellos. Esto en consideración a que no son equiparables y que responden a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, de las condiciones en que prestan sus servicios. (…).

Resumiendo lo dicho por la jurisprudencia constitucional, la sola existencia de diversos regímenes laborales y prestacionales no viola per se el derecho a la igualdad, ello en atención a las características peculiares de cada uno de ellos, por lo que la comparación entre estos regímenes distintos no resulta conducente porque se partiría de supuestos de hecho que no son idénticos, lo que imposibilita el juicio o test de igualdad."

De modo que los beneficios establecidos en cada régimen particular no pueden ser valorados de manera aislada y confrontados con otros regímenes especiales,

sino que los mismos deben ser analizados en su conjunto, para así poder verificar la ocurrencia de un posible trato discriminatorio.

4. Solución al caso en concreto

La señora Blanca Lilia Sierra De Cabra, mediante escrito radicado el 10 de julio de 2014, solicitó a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja inaplicar el artículo 2º del Decreto 383 de 2013 y, consecuentemente, que se le reconozca y pague la bonificación judicial creada para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, con incidencia en cada una de sus prestaciones (fl. 13).

Mediante Oficio DESTJ14-2193 de 4 de septiembre de 2014, la entidad demandada negó el pago de la pretendida bonificación, argumentando que los ingresos totales de la actora proyectados para el año 2013 eran superiores a los establecidos para un cargo de la misma denominación en el régimen acogido (fls. 14-16). La anterior decisión fue confirmada por medio de la Resolución 5573 de 24 de diciembre de 2014, la cual resolvió un recurso de apelación (fls. 18-27).

Según certificación expedida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, se establece que la actora ha desempeñado diferentes cargos en juzgados del Circuito (fl. 110) desde el 15 de septiembre de 1979 y que al momento de la petición en sede administrativa se desempeñaba como Oficial Mayor del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá (fl. 18), régimen no acogido. Así mismo, se encuentra establecido que ese mismo año la actora percibió los siguientes conceptos: sueldo básico, prima de antigüedad, incremento del 2.5%, subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de productividad, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad (fls. 33-36).

Adicionalmente, la entidad demandada aportó el comparativo entre la remuneración anual de la actora, en su calidad de Oficial Mayor de Circuito del régimen no acogido, y la remuneración anual de un servidor en un cargo equivalente, acogido al régimen salarial y prestacional del Decreto 57 de 1993 y, por ende, beneficiario de la bonificación judicial establecida partir del Decreto 383 de 2013 (fl. 133), el cual arrojó las siguientes diferencias:

Año	Oficial Mayor Circuito (Régimen No Acogido)	Oficial Mayor Circuito (Régimen acogido)
2014	$50.214.053,95	$44.495.356,15
2015	$52.488.675,09	$50.404.281,66

Es así que, dado que para la época de la solicitud en sede gubernativa la demandante devengó una remuneración anual superior a la que devengaron los empleados del mismo cargo en el marco del régimen acogido, no habría lugar al reconocimiento de la bonificación judicial, pues, conforme las previsiones del artículo 2º del Decreto 383 de 2013, dicho reconocimiento procedería únicamente en el evento en que su ingreso anual hubiese resultado inferior al devengado por los servidores del mismo grado acogidos al régimen salarial y prestacional del Decreto 57 de 1993, y solo por la diferencia necesaria para igualar la remuneración anual de estos últimos.

Ahora, fuerza precisar que el nuevo régimen salarial y prestacional establecido para los servidores de la Rama Judicial suprimió los factores salariales de prima de antigüedad, ascensional y capacitación, o cualquier otra sobre-remuneración. Adicionalmente, dejó de aplicarse el régimen de retroactividad de cesantías[5].

En tal sentido, si bien la accionante manifiesta que la prima de antigüedad que devengan los servidores no acogidos, al estar constituida como salario, no puede ser una forma de compensar los incrementos salariales ordenados por ley y con

[5] *Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia de 27 de julio de 2017, M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz*

ello negar la nivelación ordenada en la Ley 4 de 1992, debe insistirse en que el hecho de que un régimen salarial consagre unos beneficios que no son reconocidos en otro, no necesariamente implica vulneración del principio de igualdad, ya que dicha circunstancia se puede ver compensada con el reconocimiento de otra prestación dentro del mismo ordenamiento, tal como se expuso en la precitada sentencia de la Corte Constitucional[6]:

> "…teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen. Por ello, las personas "vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general".

En tales circunstancias, si bien es cierto el régimen salarial y prestacional consagrado en el Decreto 57 de 1993 se instituyó de manera obligatoria para los servidores que se vincularon a la Rama Judicial a partir de su vigencia, también lo es que el artículo 2 de la misma disposición consagró la posibilidad de los servidores vinculados de someterse a las nuevas disposiciones o de continuar regulándose por las anteriores, ello por cuanto se trataba de dos escenarios salariales y prestacionales distintos, pues, de no ser así, suficiente hubiera sido con imponer la aplicación del nuevo orden a todos los servidores judiciales, independientemente del momento de su vinculación.

No obstante lo anterior, pese a la diferencia de factores constitutivos de salario en uno y otro régimen, es evidente que la aparente desventaja en que incurrirían los servidores no acogidos por el no pago de la bonificación judicial reconocida a los trabajadores acogidos, puede verse compensada por el reconocimiento de la prima de antigüedad y del incremento del 2.5%, propios de su régimen salarial y prestacional; en el mismo sentido, se justifica que a los servidores del régimen acogido no se les reconozca la prima de antigüedad ni el 2.5% de incremento, teniendo en cuenta que la bonificación judicial fue concebida

[6] *Corte Constitucional, Sentencia C-995 de 2000*

precisamente con el fin de zanjar la brecha salarial al interior de la rama judicial, lo que sería un despropósito si se continuara reconociendo ciertas prebendas a los servidores antiguos, sin que dicha diferencia fuera equilibrada a favor de los trabajadores con el mismo empleo, acogidos al nuevo régimen salarial y prestacional. Lo anterior guarda consonancia con los principios de igualdad y equidad que regulan la función administrativa, y que motivaron la nivelación salarial ordenada en la Ley 4 de 1992.

5. -Costas y agencias en derecho

En el asunto *sub examine* no hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia a la parte demandante, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado[7] en sentencia de 16 de abril de 2015, éstas deben estar acreditadas, y una vez revisado el cuaderno en segunda instancia da cuenta la Sala que no aparece probada su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P., "*solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.",* condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 28 de enero de 2016, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja,

[7] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.Actor: C.I. CITITEX DE COLOMBIA S.A. HOY CITITEX UAP S.A. Demandado: DIAN.

que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

TERCERO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: Dr. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 13 JUL 2017

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE:	**PEDRO ELÍAS PARRA RINCÓN**
DEMANDADO:	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**
RADICADO:	**150013333009 2015- 00146- 01**

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el fallo proferido el 1º de junio de 2016, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante el que se accedió las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor **PEDRO ELÍAS PARRA RINCÓN** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL.**

II. ANTECEDENTES

***2.1. LA DEMANDA*:** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **PEDRO ELÍAS PARRA RINCÓN** solicitó ante ésta Jurisdicción que se declarare la nulidad del acto administrativo No. 40279

de 16 de junio de 2015, a través del cual CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL i) negó el reajuste de su asignación de retiro, con un incremento del 40% al 60% del salario mínimo legal mensual conforme al inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, ii) se abstuvo de reconocer la reliquidación del 70% de la asignación de retiro de conformidad al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y iii) la inclusión en la liquidación de la asignación de retiro, de la prima de navidad, de acuerdo con lo normado en el artículo 13 numeral 13.8.1. del Decreto 4433 de 2004.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a reliquidar su asignación de retiro desde la fecha de su reconocimiento hasta la de actualización del pago total, con la reliquidación del 70% de la mesada pensional conforme al Decreto 4433 de 2004, el reajuste de la asignación de retiro del 40% al 60% de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, y la inclusión y reliquidación de la prima de navidad en la asignación de retiro conforme con del Decreto 4433 de 2004.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el demandante señaló que ingresó a laborar al servicio del Ministerio de Defensa como Soldado Regular y una vez terminado el periodo reglamentario, fue incorporado como soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985, siendo promovido a partir del 1º de noviembre de 2003, como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza Pública, obteniendo derecho a asignación de retiro a través de Resolución No. 1882 de 19 de abril de 2011, acto administrativo en el que se liquidó su asignación de retiro con base en 1 smlmv incrementado en un 40%, y no en un 60% como lo dispone el Decreto 1794 de 2000, en su artículo 1º inciso segundo.

Adujo que mediante solicitud respetuosa radicada con el No. 47227 de 27 de mayo de 2015, solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL el reajuste de la asignación de retiro tomándose como base de

liquidación el salario mínimo incrementado en un 60%, así como la reliquidación de la anterior suma en un 70% conforme a lo establece el artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, y la inclusión de la doceava de la prima de navidad como partida computable, petición que le fue resuelta negativamente por medio del acto administrativo acusado. (fls. 2-18)

2.2.-<u>*LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*</u>: Se trata de la sentencia proferida el pasado 1º de junio de 2016, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio No. 0040279 de 16 de junio de 2015, expedido por CREMIL, y como consecuencia de ello, ordenó reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor Pedro Elías Parra Rincón a partir del 31 de mayo de 2011, fecha de retiro del servicio como soldado profesional, incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Así mismo, ordenó reliquidar y pagar la asignación de retiro del actor a partir de la fecha de retiro del servicio, en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, que la asignación de retiro se debe obtener de aplicarle el 70% al salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 40%, a cuyo resultado se le debe adicionar el 38.5 de la prima de antigüedad.

Adicionalmente, negó el reconocimiento del incremento solicitado del 40% al 60% de la asignación de retiro del actor, por considerar que al haber sido la misma reconocida en la forma indicada en el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, y no acreditarse que al momento de encontrarse en servicio activo el actor haya elevado reclamación alguna por estar inconforme con la reducción de su salario, era su deber haberlo indicado ante la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, y como quiera que el monto de asignación fijado por CREMIL concuerda con la información contenida en su hoja de servicios y el salario

devengado en actividad, no se advirtió quebrantamiento de derechos adquiridos o violación al principio de igualdad, ni la afectación de la seguridad social del interesado. (fls. 257-263)

2.3.- EL RECURSO DE APELACIÓN: Inconforme parcialmente con la decisión adoptada en primera instancia, el apoderado de la parte actora la impugnó oportunamente indicando que no comparte la decisión del A quo de negar el incremento de la asignación de retiro teniendo en cuenta un (1) smlmv más un 60%, al considerar que el accionante cumple con los requisitos establecidos en la Ley 131 de 1985, que determinó que los soldados voluntarios devengarían una bonificación mensual equivalente al salario mensual vigente incrementado en un 60%, como lo establece el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, y que en la actualidad goza de una asignación de retiro, siendo la entidad liquidadora la encargada de garantizar la protección prestacional y de la afectación de la pensión del demandante, sin que puedan ser desconocidos sus derechos adquiridos como soldado profesional, afectando su mínimo vital.

Luego de citar apartes jurisprudenciales de H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en casos en los que se desarrolla el tema del incremento de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, solicitó que se revoque parcialmente la providencia recurrida en el sentido que sea reconocido por el Juez de Segunda Instancia el incremento salarial del 40% al 60% sobre un (1) smlmv, desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y aplicando la prescripción cuatrienal sobre las mesadas causadas. (fls. 271-276).

2.4.- TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION. En su escrito de alegatos, el apoderado de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en el escrito introductorio y la alzada, indicando que conforme al inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, quienes a 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados profesionales conforme a la Ley 131 de 1985, devengarían el equivalente a 1 smlmv incrementado en un 60%, buscando dicho régimen de transición amparar los derechos

adquiridos a quienes con antelación se desempeñaron como soldados voluntarios, como afirma es el caso del actor y se puede evidenciar en su hoja de servicios, por tanto, debe accederse a incrementar su asignación de retiro en la forma solicitada en la demanda. (fls. 298-312)

El Agente del Ministerio Público Delegado para este Despacho, dentro del término legal rindió concepto solicitando que sea confirmada la sentencia de primer grado, en el entendido que no pueden ser confundidas las funciones de pagador que le asiste a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional, con las de administradora de aportes y reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro que se encuentran en cabeza de CREMIL, entidades que a su juicio poseen independencia funcional que no permite condenar a una a ejecutar las funciones que le corresponden a la otra. (fls. 314-316)

La **entidad accionada** guardó silencio en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.-EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el *sub lite* se contrae a determinar si es procedente reajustar la asignación de retiro reconocida al soldado profesional (R) PEDRO ELÍAS PARRA RINCÓN, con fundamento en lo previsto en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, norma que establece que los soldados que a 31 de diciembre de 2000, se encontraban como soldados voluntarios de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarían un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%); o si por el contrario se le debe liquidar tal asignación en los términos establecidos en el inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, es decir, con un salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, como lo ha venido haciendo la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, y fue convalidado por el A quo.

Con el fin de absolver este cuestionamiento, la Sala abordará previamente los siguientes tópicos: **(i).** Marco normativo - cambio de categorización de soldados voluntarios a soldados profesionales - régimen salarial aplicable; **(ii).** Del régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales; **(iii)** De la sentencia de Unificación del Consejo de Estado; y **(iv)** caso concreto.

2.- MARCO NORMATIVO – CAMBIO DE CATEGORIZACIÓN DE SOLDADOS VOLUNTARIOS A SOLDADOS PROFESIONALES - RÉGIMEN SALARIAL APLICABLE.

La Ley 131 de 1985 por medio de la cual *"se dictan normas sobre servicio militar voluntario"*, instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados[1] por un lapso no menor a doce (12) meses; quedando sujetos, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, 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[2].

El artículo 4º de la citada ley consagró para los soldados voluntarios una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 4o.*** *El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto."*

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades

[1] Artículo 2° de la Ley 131 de 1985.
[2] Artículo 3° ibídem.

extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000, *"por el cual se estableció el Régimen de Carrera y Estatuto Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"*, codificación que en su artículo 1° dispuso que *"los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas".*

Con respecto a la incorporación de los soldados profesionales, el artículo 5º ibídem, señaló que los aspirantes que cumplan con las condiciones antes señaladas, se someterán a un proceso de selección previo realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza, teniendo prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior[3].

Igualmente, la referida norma dispuso en su parágrafo lo siguiente:

> ***"PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto,*** *respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen."* (Negrilla y resaltado fuera del texto)

De las normas transcritas se advierte que quienes se vincularon bajo la modalidad de soldados voluntarios definida por la Ley 131 de 1985, con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, siempre que así lo

---

[3] **ARTÍCULO 4. REQUISITOS PARA INCORPORACION.** Son requisitos mínimos para ser incorporado como soldado profesional:
(...)
f) Ser reservista de primera clase de contingente anterior o último contingente y presentar certificado de buena conducta expedido por el Comandante de la Unidad a la cual perteneció; o ser reservista de primera clase de contingentes anteriores a los dos últimos o de segunda o tercera clase que se encuentre en condiciones de recibir un entrenamiento especial.
(...)

hubieran expresado y hayan sido aprobados por el comandante de la Fuerzas, quedando sujetos íntegramente a lo dispuesto en el citado de Decreto 1793 de 2000, tal como lo estableció el artículo 42[4] ibídem.

3.- DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

El artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, dispuso que el Gobierno Nacional expediría los regímenes salariales y prestacionales del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4° de 1992, y sin desmejorar los derechos adquiridos. En cumplimiento de dicho mandato, fue expedido el Decreto 1794 de 2000, cuyo artículo 1° estableció lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL.*** *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*
>
> ***Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 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 sesenta por ciento (60%)****".* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

El parágrafo del artículo siguiente a que se refiere la norma transcrita, es decir, el parágrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000, es del siguiente tenor:

> ***"PARÁGRAFO.*** *Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen."*

De las anteriores premisas normativas se infiere que los soldados

[4] **ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION.** El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

voluntarios incorporados bajo esta modalidad en vigencia de la Ley 131 de 1985, y antes del 31 de diciembre de 2000, y que por virtud del Decreto 1793 de 2000 fueron incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, se acogieron al régimen prestacional y salarial previsto en el Decreto 1974 de 2000, **pero conservando**, por aplicación inciso 2º del artículo 1º *ibídem*, el derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%).

4.- DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con respecto al monto de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, indicó lo siguiente:

> *"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%".*
>
> *De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en material salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en material salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 132 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.*
>
> *(....)*
>
> *Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se 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 aumentado en un 40%.*
>
> ***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 2000 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%[5].

Aunado a lo anterior, es importante resaltar que en la referida sentencia unificadora proferida por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se precisó que con la interpretación normativa descrita no se presenta transgresión alguna al principio de inescindibilidad, "puesto que la situación normativa que gobierna la controversia jurídica no ofrece conflicto o duda alguna sobre aplicación de varias normas o regímenes, pues, como se expuso en precedencia, la situación salarial de los soldados voluntarios que posteriormente fueron convertidos en profesionales, se encuentra regulada de manera íntegra en un solo estatuto que es el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, cuyo artículo 1º inciso 2º, se insiste, establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%. Además, agregó que "al pasar de soldados voluntarios a profesionales, los uniformados no cambiaron de régimen de carrera al interior del Ejército, pues, su estatus siguió siendo el de soldados, sólo que a partir del año 2000, por virtud de los Decretos 1793 y 1794 de dicha anualidad, fueron profesionalizados para mejorar la prestación del servicio constitucional que tienen asignado, lo cual significó, además, que A dicho personal se le reconociera las prestaciones sociales que antes no devengaba[6]."

5. CASO CONCRETO.

Tal como aparece consignado en la Hoja de Servicios visible a folio 22 del expediente, el señor PEDRO ELÍAS PARRA RINCÓN prestó sus servicios en el Ejército Nacional de la siguiente manera:

[5]Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 25 de agosto de 2016, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Referencia: CE-SUJ2 850013333002201300060 01 No. Interno: 3420-2015.
[6] Ídem

Rango	Desde:	Hasta:
Soldado Regular	13 de diciembre de 1990	20 de junio de 1992
Soldado Voluntario	21 de junio de 1992 (Ley 131 de 1985)	31 de octubre de 2003
Soldado Profesional	01 de noviembre de 2003 (Decreto 1793 de 2000)	1º de marzo de 2011

Como se observa, es claro que el actor ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado regular desde el 13 de diciembre de 1990, y se desempeñó como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985, a partir del 21 de junio de 1992, siendo incorporado como soldado profesional por disposición administrativa del Comando del Ejército Nacional[7], a partir del 1 de noviembre de 2003, luego es un hecho probado que su situación queda cobijada por el **inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000**, por cuanto a 31 de diciembre del año 2000, se encontraba vinculado como soldado voluntario de acuerdo con la Ley 131 de 1985; por consiguiente, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016[8], concluye la Sala que el señor PEDRO ELÍAS PARRA RINCÓN tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reajuste su asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2° del artículo 1° del referido Decreto, esto es, en un equivalente al salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, ello por cuanto, como otrora se mencionó, el Gobierno Nacional al expedir los Decretos 1793 y 1794 de 2000, garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como soldados

[7]Afirmación realzada en el hecho número 1 de la demanda (fl- 3)

[8] Precisa la Sala que aunque en los procesos radicados bajos los Nos. 1523833339751 2014- 0004- 01, 1500133330 11 2014- 00087- 01 y 15001333300 9 2015- 00012- 01, éste Despacho había adoptado como postura denegar las pretensiones de la demanda en supuestos fácticos similares a que es objeto de litigio en el presente proceso; en virtud de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el pasado el 25 de agosto de 2016, se permite llevar a cabo un cambio de postura en los términos expuestos en esta providencia.

profesionales, así como la prohibición de desmejorarlos en sus salarios y prestaciones[9], razón por la cual la sentencia de primera instancia será revocada en ese sentido.

Corolario de lo anterior, no emerge como un argumento válido el esgrimido por el Juez de Primer Grado al negar la solicitud de reajuste deprecada por el accionante con base a lo consignado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, al considerar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no se encuentra legitimada para calcular la base para la asignación salarial y prestacional de los miembros activos de la Fuerza Pública, ya que su reconocimiento se encuentra sujeto exclusivamente a lo consignado en la respectiva "hoja de servicios", en donde conste la información relacionada con el tiempo y salario devengado para fines prestacionales.

Al respecto, se debe decir que no puede imponer o trasladar la carga al actor de obtener la modificación de su hoja de servicios cuando fue en atención a una errónea aplicación de la normatividad vigente por la Administración, que al desconocer el derecho que le asistía de calcular su asignación de retiro en el monto y con base en lo prescrito en el inciso 2º del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, cuando era su deber legal al momento de expedir el acto administrativo de reconocimiento el dar aplicación taxativa al mismo, resultando forzoso concluir que en caso de ser necesario que se adecúen y/o modifiquen los montos allí consignados, será la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la encargada de adoptar las medidas administrativas para el efecto.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que entre el **29 de abril de 2011**, fecha de notificación de la Resolución No. 1882 de 9 de abril de 2011, por la cual se le reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro al actor (fls. 115 vto.-117), y el día **25 de mayo de 2015,** calenda en que

[9]A esta conclusión llegó el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación.

el demandante radicó solicitud de reajuste de la asignación de retiro tomando como ingreso base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% (fl. 19), transcurrieron más de cuatro (4) años, forzoso resulta concluir que en el *sub judice* operó el fenómeno de la prescripción cuatrienal prevista en los artículo 10[10] y 174[11] de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente, es decir que las mesadas causadas antes del 26 de mayo de 2011 se encontrarían prescritas, sin embargo ha de tenerse en cuenta que el señor PEDRO ELIAS PARRA se retiro del servicio el 31 de mayo de 2011, y en consecuencia no hay lugar a reconocimiento de mesadas antes de esa fecha.

En este orden de ideas, concluye la Sala que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL debe reajustar la asignación de retiro del actor tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto reglamentario 1794 de 2000, esto es, en un equivalente al salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, y con efectos fiscales a partir del **31 de mayo de 2011** (fecha de retiro del servicio) por no haber operado la prescripción cuatrienal, en consecuencia, se modificaran los numerales 1º y 2º de la sentencia de primera instancia y se confirmará en todo lo demás.

IV. CONDENA EN COSTAS

La Sala condenará en costas en ambas instancias a la entidad demandada, por accederse a la totalidad de las pretensiones de la demanda y resultar vencida en ambas instancias[12], y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P. Teniendo en cuenta que la parte actora ejerció actuaciones

---

[10]**Artículo10.** El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.

[11]**ARTICULO 174. PRESCRIPCION.** Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

[12]**C**. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

4. cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar costas en ambas instancias.

procesales en segunda instancia, se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $476.848,oo que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda ($15.894.958,oo fls. 16-17), ello, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, la liquidación de las costas y de las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja el día primero (1º) de junio de dos mil dieciséis (2016), los cuales, en su orden, quedarán así:

> "***PRIMERO.-*** **DECLÁRESE** la nulidad total del acto administrativo contenido en el oficio No. 0040279 de 16 de junio de 2015, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL.
>
> "**SEGUNDO.-** Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares _CREMIL_ reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor PEDRO ELIAS PARRA RINCON identificado con la cédula de ciudadanía número 74.270.276, a partir de la fecha de retiro, esto es, del 31 de mayo de 2011, aplicando el 70% al promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo como factores salariales además del salario básico conformado por el salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%) y la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos en la fecha de retiro del servicio a cuyo resultado se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, conforme

a la parte motiva de esta providencia en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004."

Segundo.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

Tercero.- Condenar en **COSTAS** en ambas instancias a la entidad demandada por ser la parte vencida en el proceso, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

Cuarto.- Fijar como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $476.848,oo que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda. ($15.894.958,oo fls. 16-17)

Quinto.- Por la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, liquídense las costas y las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

Sexto.- Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen. Déjense las constancias de rigor.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA

HOJA DE FIRMAS

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: PEDRO ELÍAS PARRA RINCÓN
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
RADICADO: 150013333009-2015- 00146- 01

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
DESPACHO No. 4
MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

REFERENCIA : REPARACION DIRECTA
DEMANDANTE: MARIA ESPERANZA VARGAS CUBIDES Y TERESA DEL PILAR CUBILLOS GARCIA
DEMANDADO: NACION-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL
RADICADO : 150013333010201400040-01

Procede el Despacho a decidir sobre la concesión del recurso extraordinario de unificacion de jurisprudencia interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por este Tribunal el 15 de septiembre de 2017.

El articulo 257 del C.P.C.A , señala que el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede contra las sentencias: i) dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos, ii) y en aquellas de contenido patrimonial o económico, para el caso de procesos de reparación directa, siempre que la cuantía de la condena, o en su defecto, de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda 450 SMMLV al momento de la interposición el recurso.

En cuanto a la oportunidad del mismo, el artículo 261 de la norma ibídem dispone que debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

Para el caso concreto tenemos que el recurso impetrado por la apoderada de la parte actora fue opurtuno, pues la sentencia objeto del mismo quedó ejecutorida el 21 de septiembre de 2017 (fl.491) y el recurso se interpuso el 19 de septiembre hogaño (fl.494);esto es antes de la ejecutoria; sin embargo encuentra el Despacho que no resulta procedente en razón a la cuantía, tal y como se procede a explicar.

El artículo 257 ibídem, determina como uno de los requisitos para que proceda el recurso de unificación de jurisprudencia contra sentencias

proferidas en el medio de control de reparación directa, que la cuantía de la condena sea igual o supere los 450 SMMLV, o en caso de no haber sido condenatoria la decisión, que las pretensiones de la demanda superen dicho valor.

Para el caso concreto a folio 314 del expediente la parte actora solicitó como pretensiones entre otras las siguientes:

> *"...2. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagar a los actores, todos los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y morales, así como los que en lo sucesivo se les cause, irrogados como consecuencia de los errores judiciales o fallos del servicio de que tarta esta demadna, teniendo en cuenta y aplicando la actualizacion monetaria hasta la fecha en que se produzca efectivamente su pago, y sobre el total reconociendo y ordennado pagar los intereses de moratorios correspondientes a la tasa mas alta permitida por la ley, así como los demás gastos en que han incurrido y sigan incurriendo mis mandantes para proteger judicialmente sus derechos..."*

En el acápite de cuantía la parte actora determina como valor a pagar por dicho concepto el siguiente:

> *"liquidación de los salarios reclamados...*
>
> *Liquidación del reintegro: Como este derecho, valorable en dinero, se frustró por los errores y fallas judiciales, siguiendo la jurisprudencia nacional, se valora en otras sumas igual a los demás factores reclamados, esto es, teniendo solo en cuenta los salarios dejados de percibir, se valora en $198.757.000...."*

De lo anterior podemos ver claramente que el valor de las pretensiones solicitadas corresponde a $198.757.000, suma que claramente no supera los 450 SMMLV[1] ($331.972.650)[2], razón por el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte actora será rechazado.

R E S U E L V E:

PRIMERO.- RECHAZAR el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia interpuesto por la apoderada de la demandante, conforme lo expuesto.

---

[1] Se extrae de la cuantía de las pretensiones de la demanda, folio 342.

[2] Salario mínimo vigente para el año 2017

SEGUNDO.- En firme esta providencia, dese cumplimiento a lo ordenado en el numeral tercero de la sentencia de segunda instancia.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE.



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. _____ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, diciembre catorce (14) de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Mauricio Vega Prieto***
Demandado: Fiscalía General de la Nación - CTI
Expediente: 15001 3333 010 ***2015 00180*** *01*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida el 11 de agosto de 2017, mediante la cual el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja negó a las pretensiones de la demanda presentada por ***Mauricio Vega Prieto*** *contra le Fiscalía General de la Nación – Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación –CTI.*

I. ANTECEDENTES

Demanda. (fls. 3 a 16 c1).

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, Mauricio Vega Prieto, a través de apoderado judicial, pidió declarar la nulidad del ***Oficio SSAG – OTH No. 1116 de 5 de junio de 2015,*** *proferido por el Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión Seccional Boyacá, "o del acto ficto o presunto derivado del mismo", mediante el cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago del salario y prestaciones sociales del mes de noviembre de 2014 (fl. 3)*

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- *Se ordene a la demandada el reconocimiento y pago del mes de salario de noviembre de 2014, en calidad de funcionario de la Fiscalía General de la Nación.*

- *Que se ordene el pago de las prestaciones sociales del mes de noviembre de 2014, correspondientes a primas, vacaciones, cesantías, pensión y demás que correspondan.*
- *Que las sumas reconocidas sean actualizadas, conforme al IPC hasta la fecha de pago.*
- *Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011.*
- *Que se condene en costas a la entidad demandada.*

Como pretensiones subsidiarias solicitó:

- *Que se declare que la Fiscalía General de la Nación es administrativa, extracontractual y patrimonialmente responsable, de los perjuicios materiales y morales causados al demandante, respecto del no pago del mes de noviembre de 2014 y la no reliquidación de prestaciones sociales.*
- *Que se condene al pago de perjuicios materiales y subjetivados*

Como hechos relevantes indicó:

- *El señor Mauricio Vega Prieto, se desempeña como funcionario del CTI en el cargo de Técnico Investigador II.*
- *El mes de noviembre de 2014, se desarrolló un paro Judicial.*
- *El señor Mauricio Vega Prieto, desempeñó las labores inherentes a su cargo, pero la Fiscalía General de la Nación no brindó las condiciones para que desarrollara su labor.*
- *La mayoría de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, no se les permitió el ingreso a sus lugares de trabajo.*
- *La Fiscalía General de la Nación, no canceló el salario del mes de noviembre de 2014, afectando, además, la liquidación de prestaciones sociales.*
- *La Fiscalía General de la Nación, no realizó una adecuada verificación de que funcionarios se encontraban laborando, a su vez el Director Seccional de Fiscalías estableció a quienes se les cancelaba el salario, sin comprobar el servicio prestado.*

- *El realizar descuentos de forma irregular y sin la autorización de los trabajadores, ocasiona retención ilegal de salarios, prohibida por el sistema jurídico colombiano.*
- *Solicitó al Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión Seccional de Boyacá, el reconocimiento del mes de salario correspondiente a noviembre de 2014 y la reliquidación de prestaciones sociales.*
- *El 5 de febrero de 2016, mediante Oficio SSAG – OTH No. 1116 proferido por el Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión Seccional Boyacá, negó la petición.*
- *Se tramitó conciliación prejudicial para cumplir con el requisito de procedibilidad exigido por la ley y fue declarada fracasada.*

Indicó como normas violadas los artículos 25, 53, 29 y 29 de la Constitución Política y el artículo 137 del CPACA

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 252 y ss. c.2)

El Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, mediante sentencia proferida el 11 de agosto de 2017, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante, bajo los siguientes argumentos:

Contrajo el problema jurídico a determinar si el demandante tiene derecho a percibir el salario completo del mes de noviembre de 2014, frente al cual la entidad demandada considera que no hay lugar a su pago porque el demandante no presentó de manera efectiva sus servicios, estando vinculado al paro judicial.

Sostuvo que si bien por conexidad es posible formular acumulativamente pretensiones de reparación directa contra la misma entidad demandada, en nulidad y restablecimiento del derecho, ello no avanza a considerar que el mismo hecho pueda ser conocido o juzgado por más de un medio de control; que en el sub lite se solicita la nulidad de un acto y el pago salarial completo del mes de noviembre de 2014 y no se trata de una omisión, operación o actuación administrativa desplegada por esta. Por ello, consideró que la pretensión subsidiaria estaba llamada a zozobrar.

Hizo alusión al derecho a la huelga, para ello, citó el artículo 416 y 429 del CST y las sentencias C-110 de 1994 C_432 de 1996 y C-439 de 2009 proferidas por la Corte Constitucional.

Sostuvo que la administración de justicia ha sido considerada por el legislador estatutario como un servicio público esencial. Citó la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el 16 de abril de 2015, radicación número 11001-03-15-000-2014-04079-00 y dijo que, aunque la asociación es un derecho fundamental, la huelga no lo es y está expresamente prohibida cuando se trata de servicios públicos esenciales.

Manifestó que el pago de salario es consecuencia directa de la prestación del servicio personal, por ende, responde a la realización de las actividades que materialmente están encargadas al empleado, por tanto, resulta razonable en el contexto de la huelga, que no existe obligación a cargo del empleador de pagar los salarios que corresponderían a una remuneración. Citó la sentencia T-1059 de 2001 proferida por la Corte Constitucional.

Descendiendo al caso concreto, indicó que para el mes de noviembre no se pagó salario de forma completa, existiendo una diferencia de $1.325.665 en la asignación básica pues, el salario equivalía a $2.209.441.

Afirmó que el demandante es un empleado público y, aunque tiene garantizado su derecho de asociación sindical, no puede presentar pliego de condiciones ni constituirse en huelga porque el servicio el servicio que presta se constituye en público esencial.

Adujo que, pese a que alegó que la entidad demandada no hizo una adecuada valoración de las situaciones por las cuales no había podido prestar sus servicios durante el paro, lo cierto es que la prueba documental y testimonial en relación con los días no laborados, conducen a concluir que el actor estaba participando en la jornada de protesta, omitiendo prestar el servicio correspondiente.

Sostuvo, además, que no se alegó que el paro haya sido atribuible a la Fiscalía, no obra prueba que esta haya tenido responsabilidad de algún tipo en lo que a la garantía de acceso a las instalaciones se refiere. Por lo

anterior, dijo que no se trata de una fracción de salario retenida ilegalmente, sino que corresponde al ejercicio de una facultad legítima del empleador.

Adujo que tampoco se vulneró el derecho al mínimo vital, toda vez que recibió el pago de vacaciones, prima de vacaciones y proporción de bonificación judicial.

III. RECURSO DE APELACIÓN (fl. 218 y ss. c.2)

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

Luego de señalar lo expuesto por la a-quo y reiterar lo manifestado en la demanda, manifestó que la argumentación esgrimida por la jueza a quo no se ajusta a la realidad fáctica y probatoria por las siguientes razones:

* *Correspondía a la Fiscalía crear los medios para el ingreso a los trabajadores con el fin de prestar el servicio.*
* *La causa que originó la no prestación del servicio es una circunstancia ajena al demandante y la obligación de prestar el servicio público.*
* *No se aplicó el debido proceso para los descuentos salariales a los trabajadores, en la medida que no se cumplieron los presupuestos necesarios para el descuento que son: i) ausencia de sitio de trabajo para la prestación del servicio sin justificación legal, ii) certificación del jefe inmediato reportando dicha ausencia y iii) orden de descuento por nómina de los días certificados como no laborados.*
* *La Fiscalía General de la Nación no garantizó de forma adecuada el desarrollo de la actividad judicial y de que sus funcionarios no pudiesen entrar a las instalaciones para cumplir sus tareas.*

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado para alegar de conclusión, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 11 de agosto de 2017 por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja que negó las pretensiones de la demanda.

Procede entonces examinar si procede o no el restablecimiento del derecho y la reparación deprecada.

5.1. Del derecho a la huelga:

El derecho a la huelga está consagrado en el artículo 56 de la Constitución Política y el mismo ha sido salvaguardo por la Corte Constitucional en diversas sentencias[1] *al considerarlo directamente relacionado con los principios de solidaridad, dignidad, participación y con la búsqueda de la realización de un orden social justo, equilibrando las relaciones entre los extremos laborales al permitir la resolución de conflictos económicos de una forma pacífica y materializa el respeto de la dignidad humana y del derecho al trabajo. En la Sentencia C-691 de 2008, proferida por la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Doctor Manuel José Cepeda Espinosa, se discriminaron los rasgos esenciales de este derecho, así:*

> *"1) el derecho de huelga es un derecho constitucionalmente protegido y de gran importancia al interior del ordenamiento jurídico colombiano; sin embargo no tiene la calidad de derecho fundamental, puesto que precisa una reglamentación legal para ser ejercido;*
> *2) la legitimidad de su ejercicio depende del seguimiento de los procedimientos establecidos por el legislador;*
> *3) la protección del derecho de huelga sólo procede por acción de tutela si se encuentra en conexidad con derechos fundamentales como el derecho al trabajo y a la libre asociación sindical;*
> ***4) el derecho de huelga no tiene carácter absoluto, debido a que está prohibido en los servicios públicos esenciales y debe ser ejercido de acuerdo con las normas legales que lo regulan;***
> *5) existen dos requisitos para poder excluir el derecho de huelga de una determinada actividad, a saber:* ***que sea materialmente un***

[1] *Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2012 "...De esta manera, el derecho a la huelga está dotado de una doble protección constitucional, pues además de estar consagrado en el artículo 56 de la Constitución Política, tiene una relación estrecha con la libertad sindical como derecho desarrollado por el Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual hace parte del Bloque de Constitucionalidad, tal como ha señalado esta corporación".*

> ***servicio público esencial y que formalmente el legislador la haya calificado de tal****: y*
> *6)* ***un servicio público es esencial*** *cuando "las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales" Resaltado fuera de texto.*

5.2. Del servicio de administración de justicia:

El artículo 125 de la Ley 270 de 1996 establece que *"La Administración de Justicia es un* ***servicio público esencial***". En la sentencia C-037 de 1996 la Corte Constitucional sostuvo que *"Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo.".*

Al respecto, en un caso de iguales contornos, la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia de tutela proferida el 16 de abril de 2015, en el proceso con radicación número 11001-03-15-000-2014-04079-00 y ponencia del Consejero Doctor Marco Antonio Velilla Moreno, actor: Jairo Roberto Pimiento y demandado: Fiscalía General de la Nación, expuso:

> *"...Bajo tal entendido, el artículo 228 superior impone que la administración de justicia y las distintas actuaciones indispensables para cumplir con el fin de preservar el orden económico y social justo, deben ceñirse invariablemente al principio de continuidad.* ***Ello demanda de los empleados y funcionarios vinculados a la Rama Judicial la obligación de prestar el servicio de justicia en forma permanente y regular, sin interrupciones en el tiempo ni en el espacio, salvo las excepciones de ley.***
>
> ***Precisamente por lo expuesto no se garantiza el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, entre ellos el de administración de justicia****, derecho que, además, no es absoluto sino relativo en tanto puede ser restringido por el interés general, la satisfacción de los derechos de los demás, y cuando de su ejercicio se derive alteración del orden público.*
>
> *Empero, las restricciones que el legislador imponga al ejercicio del derecho de huelga no pueden ser arbitrarias, ni desconocer su*

magnitud jurídica pues lo harían inoperante." (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, no queda duda que el derecho a la huelga, siendo merecedor de protección constitucional, tiene su limitación en la prohibición de suspensión de actividades cuando estas, como la de administrar justicia, son catalogadas como servicio público esencial. Precisó la Corte Constitucional:

> *"...En Colombia, la Ley ha limitado el Derecho a la huelga entre otros en los siguientes servicios: la Banca Central[2], la seguridad social relacionada con salud y pago de pensiones[3], los servicios públicos domiciliarios[4], la administración de justicia[5], el Servicio que presta el Instituto Nacional Penitenciario "INPEC"[6], el transporte público aéreo, marítimo, fluvial, férreo, masivo y terrestre y su operación en el territorio nacional[7], la prevención y control de incendio[8], las actividades de la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales (DIAN)[9], entre otros.*
> *(...)*
> *Por lo anterior, puede concluirse que* ***el criterio más importante para la definición de la esencialidad de un servicio es que la interrupción del mismo pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población****, a lo cual se agregan una serie de criterios auxiliares que determinan actividades que pueden ser o no constitutivas de servicios públicos esenciales..."Subrayado fuera de texto.*

5.3. Del paro en la Fiscalía General de la Nación:

El Fiscal General de la Nación, mediante la Circular No. 0014 de 18 de noviembre de 2014, se pronunció en los siguientes términos:

> *"El Fiscal General de la Nación recuerda a todos los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que el cese de actividades no puede por ningún motivo afectar la continuidad de la adecuada prestación de los servicios esenciales que tiene a cargo la entidad así como el derecho al trabajo de los demás servidores que no participaron en el paro.*
>
> *En ese sentido, hago un llamado cordial a los servidores que no permiten el desarrollo normal de las actividades constitucionales y legales de la Fiscalía general de la Nación, e impiden que aquellos funcionarios que no participan del cese de actividades puedan*

---

[2] *Ley 31 de 1992*
[3] *Ley 100 de 1993.*
[4] *Ley 142 de 1994.*
[5] *Ley 270 de 1996.*
[6] *Decreto 407 de 1994.*
[7] *De conformidad con la Ley 105 de 1993, y con las normas que la modifiquen o sustituyan.*
[8] *Ley 322 de 1996.*
[9] *Ley 633 de 2000*

> *ingresar a sus lugares de trabajo, para que suspendan este tipo de actuaciones y levanten los bloqueos que impiden ingresar a las instalaciones de la Entidad.*
>
> *Así mismo, se ordena a los Directores Nacionales y Seccionales de la Fiscalía general de la Nación para que de conformidad con el numeral 1 de la circular del 9 de octubre de 2014 reporten al correo electrónico: informes.despachos@fiscalia.gov.co, a más tardar hoy, martes 18 de noviembre de 2014, a las 6:00 p.m.,* ***a los funcionarios que no están cumpliendo con sus funciones y, de ser el caso, proceda a hacerse efectiva la correspondiente deducción salarial por inasistencia al lugar del trabajo, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado***[10]*.*
>
> *Por otro lado, se informa que, de acuerdo con la Circular Nro. 0030 del 28 de octubre de 2014, aquellas dependencias no tendrán turno de Navidad y Año Nuevo en caso de que a los funcionarios les sea imposible compensar el tiempo de descanso dentro de las fechas y horarios que la Entidad ha establecido para ello". (fl. 95) Resaltado fuera de texto.*

Posteriormente, a través del Memorando No. 0000+f de 20 de noviembre de 2014 expedido por el Director Nacional de Apoyo a la Gestión con destino a los Directores y Subdirectores Seccionales de Apoyo a la Gestión, al Jefe del Departamento de Administración de Personal y al Subdirector de Tecnologías de Apoyo a la Gestión, se ordenó:

> *"Teniendo en cuenta que mediante Circular Nro. 0014 de 18 de noviembre de 2014, el señor Fiscal General de la Nación impartió instrucciones precisas* ***sobre el deber de dar aplicación a las deducciones salariales a las que haya lugar, por la no prestación efectiva del servicio****, a continuación se establecen los* ***procedimientos que deben observarse estrictamente****, con miras a cumplir las mencionadas directrices y evitar posibles responsabilidades fiscales, así:*
>
> *1. Es deber de los Directores Nacionales y Seccionales reportar y certificar los servidores de su respectiva dependencia que no han prestado efectivamente el servicio en el mes de noviembre de 2014, identificando puntualmente al trabajador, así como los días que no laboró, a más tardar el día 21 de noviembre a las 11:00 a.m. al correo electrónico informes.despachos@fiscalía.gov.co y al Departamento de Administración de Personal o Subdirección Seccional de apoyo a la gestión según corresponda, so pena de las medidas administrativas o disciplinarias a que haya lugar.*
>
> *(...)*

---

[10] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "B", Consejero Ponente, Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de 2009, Expediente No. 080001-23-31-000-2008-00516-01 Referencia: 00516-01, Actor: Javier Cárdenas Galves y otros.*

> *6. Se deberá incluir en el sistema STARSISO la novedad de días no laborados de los servidores que no han presentado efectivamente el servicio, de conformidad con las certificaciones aportadas por los Directores Nacionales y Directores Seccionales que Correspondan.*
>
> *(...)*
> *13.* ***Los aportes al Sistema de Seguridad Social se realizarán en un 100% a los servidores que no hayan prestado el servicio, con miras a garantizar el derecho a la seguridad social y bajo el entendido que no se encuentra suspendida la relación legal y reglamentaria con la entidad, para lo cual deberá liquidarse en autoliquidación periódica o autoliquidación por corrección. Posteriormente se realizarán los cobros correspondientes al porcentaje de aporte del empleado.***
> *(...)*
> *La responsabilidad en el cumplimiento de las directrices impartidas por el señor Fiscal General de la Nación y del proceso de no pago de salarios por no prestación efectiva del servicio, recae directamente en los Directores Nacionales y Directores Seccionales y Subdirectores de Apoyo a la Gestión, por lo cual ser requiere de su absoluto compromiso y dedicación". (fls. 18 a 21) (Negrilla fuera de texto)*

5.4. De la deducción de salarios:

Afirma la parte actora en el libelo introductorio, que se deben aplicar al caso lo dispuesto en los artículos 149 y 150 del C.S.T.[11] *conforme a los cuales los descuentos salariales sólo pueden ordenarse deducciones salariales con el consentimiento del trabajador y por orden judicial. Conforme se señaló la entidad ordenó unilateralmente el descuento de salarios para quienes no laboraron en el mes de noviembre de 2014, lo cual, en principio, daría razón al demandante.*

---

[11] ***ARTICULO 149.*** *DESCUENTOS PROHIBIDOS. Modificado por el art. 18, Ley 1429 de 2010.*

1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados, o pérdidas o averías de elementos de trabajo; avances o anticipos de salario; entrega de mercancías, provisión de alimentos, y precio de alojamiento.

2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional, o la parte del salario declarada inembargable por la ley, o en cuanto el total de la deuda supere el monto del salario del trabajador en tres meses.

ARTICULO 150. *DESCUENTOS PERMITIDOS. Son permitidos los descuentos y retenciones por conceptos de cuotas sindicales y de cooperativas y cajas de ahorro, autorizadas en forma legal; de cuotas con destino al seguro social obligatorio, y de sanciones disciplinarias impuestas de conformidad con el reglamento del trabajo debidamente aprobado.*

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, cuando se trata de no pago de salarios como consecuencia de un cese de labores, el C.S.T. contempla norma especial. En efecto, dispone el artículo 51 de este ordenamiento que el contrato de trabajo se suspende "7. Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley."; el artículo 53 dispone "...se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el empleador la de pagar los salarios de esos lapsos..." normas estas declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1369 de 2000[12].

Entonces, de una parte, como ya se ha dicho, el cese de actividades en una entidad como la demandada no tiene sustento legal ni constitucional, y de otra, en gracia de discusión, la suspensión del pago de salarios ocasionado por un cese de actividades, en manera alguna puede ser asimilado a las circunstancias que regula el artículo 149 del C.S.T., en primer lugar, porque existe norma especial que dispone cómo proceder en materia salarial cuando se presenta cese de actividades y, en segundo lugar, porque no puede acudirse a aplicar analógicamente la norma a una situación fáctica completamente diferente.

Ahora, se dirá que, tratándose del servidor público el pago del salario y la prestación del servicio es inescindible[13]*. En este sentido precisó la Corte Constitucional, que cuando el servicio no se presta por razón de un paro, la situación es la siguiente:*

> *"(...) Ahora bien, en lo que se refiere al procedimiento que debe adelantar la administración para efectuar descuentos salariales como consecuencia de un cese colectivo de labores - en especial en caso de un paro -, en consideración al debido proceso administrativo (artículo 29 Constitución Política), la Corte expresó:*
>
> *"El Decreto 1647 de 1967, en su artículo 1º, establece que los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios rendidos.*

---

[12] *"...bajo el entendido de que la huelga suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure y, en consecuencia, el empleador no tiene la obligación de pagar salarios y demás derechos laborales durante este lapso. Pero habrá lugar al pago de salarios y prestaciones cuando ésta sea imputable al empleador, por desconocer derechos laborales legales o convencionales, jurídicamente exigibles."*

[13] *A menos que existan causas justificadas para la inasistencia, que prevé la ley en las distintas situaciones administrativas, por ejemplo, el permiso, la incapacidad por enfermedad, licencia por maternidad, entre otras.*

A su vez el artículo 2º ibídem señala que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

Norma que impone a la administración la obligación de descontar del salario de la actora, o más bien, de abstenerse de pagar el valor del salario equivalente a los días no laborados, pues de pagarlos estaría permitiendo que se enriqueciera sin justa causa en perjuicio de la misma administración pública, además de incumplir con el deber de todo servidor público de hacer cumplir la Constitución y la leyes, incurriendo presuntamente en la falta disciplinaria prevista en el Código Único Disciplinario, artículo 40 de la ley 200 de 1995.

La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo se incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho.

Operativamente el pago del salario a los servidores públicos se realiza a través de una nómina suscrita por los funcionarios competentes en cada entidad y acorde a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1647 de 1967, debe el funcionario a quien corresponda certificar que los servicios se prestaron efectivamente, producir y comunicar la novedad relacionada con la ausencia y por ende el descuento por días no laborados sin justificación legal. Pues, no existe causa legal para su pago.

En el Decreto aludido, no se observa la exigencia de formalidad sustancial o procedimiento especial para aplicar el descuento o no pago que procede ipso jure, cuando quiera que un servidor público no presta el servicio a que se encuentra obligado sin justificación de ley.

La aplicación de esta disposición procede de plano, previa verificación de los siguientes presupuestos:

a) Ausencia al sitio de trabajo para la prestación del servicio sin justificación legal;

b) ***Certificación del jefe inmediato reportando dicha ausencia****;*

c) Orden de descuento por nómina de los días certificados como no laborados."[14]

En otras palabras, a juicio de la Corte, el ordenamiento jurídico no establece un procedimiento o formalidad especial para efectuar los descuentos salariales derivados de la realización de un cese colectivo de labores, sino, ***simplemente, la obligación de la administración de verificar la ausencia de prestación del servicio a través de las constancias y certificaciones que sean del caso****, así como la de adoptar esa decisión - descuento salarial - mediante la orden de*

[14] *Corte Constitucional. Sentencia C-1369 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Con salvamento de voto del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra y salvamento parcial de voto del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.*

> *nómina respectiva, la cual el interesado puede contravertir por la vía gubernativa o jurisdiccional.*
> *Además, valga resaltar que esta jurisprudencia*[15] *ha aclarado que los descuentos que se realicen con ocasión del cese colectivo de labores no implican una sanción disciplinaria y, por tanto, no requieren adelantar previamente un procesa de esta naturaleza, pues dichos descuentos son la consecuencia jurídica directa de la no prestación del servicio sin justificación legal, independientemente de que esto último acarreé una responsabilidad disciplinaria". (...)".*[16] *Resaltado fuera de texto.*

Lo anterior tiene fundamento en que el salario de los servidores públicos se cancela con recursos públicos y los dineros presupuestados para ello deben aplicarse únicamente al objeto para el cual fueron destinados; lo contrario implica una destinación indebida de dineros públicos y, por ello, únicamente cuando existen razones justificadas para que el ordenador cancele el salario sin que se preste el servicio, es posible hacer uso de los recursos públicos.

En estas condiciones, en caso de paro[17] *pues, como se explicó, la huelga no está permitida cuando se trata de servicios públicos esenciales como el de administración de justicia, se ha tratado el tema también desde la causa justificada para la inasistencia; el Consejo de Estado, precisó:*

> *"...Sin embargo, sin querer desconocer los antecedentes constitucionales, normativos y jurisprudenciales expuestos, se advierte que situación distinta sería en aquellos casos donde pese a la existencia de un cese de actividades, los respectivos nominadores certifican que el empleado sí laboró o que existen propuestas encaminadas a recuperar el tiempo durante el cual no se laboró, la cual automáticamente reconocería el derecho al pago de salarios*[18]*.*

---

[15] *Reiterada en las sentencias T-926 y T-927 de 2003 y T-413 de 2005 de la Corte Constitucional.*
[16] *T-331 A de 2006. M.P. Doctor Jaime Araujo Rentería*

[17] *En la Sentencia T-927 de 2003, dijo la Corte "...es preciso distinguir entre paro colectivo de labores en actividades donde la clase de servicios que se realizan y por la calidad de los funcionarios, está prohibida cualquier suspensión de los mismos y el cese de actividad ocasionado por motivo de una huelga legalmente declarada, ya que son fenómenos que no se pueden equiparar jurídicamente, pues mientras que el derecho de huelga como derecho fundamental tutelado por la Constitución y la ley tiene una finalidad o propósito único definido en la misma ley, como lo es la solución de conflictos económicos o de interés y requiere una serie de pasos o trámites que deben ser agotados previamente, el denominado "paro", no está protegido ni por la Constitución ni por la ley, pues se trata de un acto de fuerza, una medida de hecho que no cumple ni con la finalidad prevista para la huelga, ni con los pasos previstos por la ley para ésta..." Subrayado fuera de texto.*
[18] *Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral. Sentencia de tutela del 9 de diciembre de 2008. Expediente 22947. Actor: Eduardo López Villegas.*

> *eventos en los cuales, de no hacerse el mismo, si se podría determinar un actuar arbitrario...*"[19]

Y, se agregará que, en efecto, si el servidor público se presenta a su sitio de trabajo y contra su voluntad se le impide el ingreso existirá razón suficiente para no descontar el tiempo dejado de laborar pues, es claro que, nadie está obligado a lo imposible y que es deber del Estado garantizar la normalidad en los sitios de trabajo, como prestar el servicio es, a su vez, la obligación del servidor; en estas condiciones, si la entidad retarda su obligación, y así se prueba, no puede considerarse que el servidor ha dejado de cumplirla y por ello no tiene derecho a su salario.

6. *Caso concreto*

No existe duda en este caso del paro que se presentó en la entidad en el mes de noviembre de 2014, pero manifiesta el recurrente que no pudo prestar el servicio pues se le impidió el ingreso al lugar de trabajo.

Se recaudó el testimonio de POLICARPO PUENTES MOJICA, quien dijo:

> *"...se presenta el paro general de trabajadores, proceden de inmediato a cerrar las instalaciones del CTI frente al Reyes Patria, unos compañeros proceden a actuar en el paro y otros no, los que no actuaron, de inmediato se fueron hacia la URI (...), se habilitó esta oficina y ahí estuvo la jefe con unos empleados, los otros quedaron frente a las instalaciones del Reyes Patria, pero por esa época también se hacía turnos, coincidió con la semana de turnos, la idea era que se hacia la protesta pero sin faltas al turno de permanencia, si salía alguna diligencia en ese día, a quien le tocara, así estuviera en el paro, asistía a la diligencia para que estos turnos no lo tomara la SIJIN como se había propuesto en un principio, sino que la gente concertó respondían por el turno de permanencia, no más.*
>
> *(...)*
>
> *El cargo de él es investigador, luego le compete investigar los cargos que le ordene la Fiscalía y lo otro es atender diligencias de inspecciones judiciales e inspecciones técnicas de caso tal que estuviéramos de turno (...).*"

---

[19] *CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, sentencia de tutela proferida el 5 de marzo de 2015, radicación número 05001-23-33-000-2014-02262-01(AC), Actor: Guillermo Luis Contillo Arteaga, Demandado: Fiscalía General De La Nación, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ*

PREGUNTADO: Sabe o le consta que Mauricio Vega Prieto haya estado prestando sus servicios en la URI o quedo frente al Colegio Reyes Patria.

*"**Ellos quedaron frente al Colegio Reyes Patria** que son las instalaciones del CTI, **ellos estaban haciendo parte del paro,** por lo tanto, su sitio de trabajo era frente a las instalaciones del Reyes Patria."*

PREGUNTADO: Tiene conocimiento si el actor tuvo algún turno de disponibilidad fijado para el mes de noviembre y que en desarrollo del paro haya dejado de cumplir con esa asistencia que le correspondía.

"Para ese entonces, no me acuerdo la semana exactamente, salió la lista de turnos, él si estaba haciendo parte de la lista de turnos y precisamente el compañero de Mauricio era yo. No me acuerdo si ese día salió diligencia (...) pero si estoy seguro que si hubiera salido algo, estábamos en la obligación de prestar ese turno.

Yo era uno de los que no entró en el paro judicial y mi oficina en ese momento era en las instalaciones de la URI.

PREGUNTADO: ¿Se llenaba algún tipo de planilla?

"Si su señoría, la Coordinadora le tocaba emitir una planilla de los que estábamos con ella en la URI y esta la remitía creo que todas las tardes a la Dirección Seccional". " (Cd fl. 175, min. 8:12)

Del testimonio se infiere con claridad que el demandante no se remitió a las instalaciones de la URI, ***sino que hizo parte del paro realizado en la ciudad de Sogamoso.***

Ahora, en el expediente se encuentra acreditado que el señor Mauricio Vega Prieto, se desempeñaba como Técnico Investigador II; que para el año 2014, devengó un salario mensual de $2.035.950 (fl. 140). No obstante, observa la Sala en el Certificado de Devengados y Deducidos que, en el mes de noviembre se le canceló la suma de $883.776, por ende, afectó sus prestaciones sociales (fl. 141).

A su vez, en la Planilla de Control Paro Judicial 2014, se evidenció que, el señor Mauricio Vega Prieto se encontraba en cese de actividades (f. 69) y, en la "Certificación días no laborados por el pago..." (fl. 66) se lee:

"FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
DIRECCION SECCIONAL DE FISCALÍAS
DIAS NO LABORADOS CON OCASIÓN DEL PARO
(...)

CEDULA	*NOMBRE*	*DEPENDENCIA*	*SEMANAS NO LABORADAS*	*TOTAL DIAS NO LABORADOS*
(...)	*(...)*	*(...)*	*(...)*	*(...)*
4.237.540	*VEGA PRIETO MAURICIO*	*UNIDAD LOCAL SOGAMOSO*	*(...)*	*12*

Conforme al artículo 244 del CGP:

> *"Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que la ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.*
>
> *Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso..." Subrayado fuera de texto.*

Y, en cuanto al alcance probatorio del documento público prevé el inciso 1° del artículo 257 del mismo ordenamiento procesal que "Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza..."

En este caso, la certificación fue expedida por un servidor público, se trata entonces de documentos públicos que se presumen auténticos y ***sin que haya sido tachado de falso****, hacen fe de la inasistencia del actor al servicio en los días que allí se mencionan del mes de noviembre de 2014.*

Además, en el Oficio No. 053 de 16 de noviembre de 2016, la Presidenta de UNISERCTI Boyacá, indicó (f. 146-147):

> *"El cese de actividades es de análisis subjetivo, teniendo en cuenta que la carga laboral de cada uno de los empleados que se declararon en huelga, no fue reasignada, por el contrario, se cumplió a cabalidad la asignación laboral que se traía a momento que se dio inicio a la huelga.*
>
> *De otra parte, mientras permaneció la huelga, los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que conocen de radicados, no les fue asignada carga laboral y una vez levantada la huelga, la distribución de asignación represada se realizó de manera equitativa entre los funcionarios y empleados participantes o no de la huelga.*
>
> ***Por otra parte la sede donde funciona el CTI Sogamoso fue bloqueado lo que impidió el ingreso a los empleados del Cuerpo Técnico de Investigación"***

Ahora bien, a folios 151 y subsiguientes, obran planillas de turnos de disponibilidad y permanencia de los actos de urgencia y vida comprendidos del 11 de noviembre al 1 de diciembre de 2001, en las cuales, obra firma del señor Mauricio Vega Prieto.

Entonces, de una parte, la Fiscalía certifica la inasistencia al trabajo ***por el paro****, no por razón de fuerza mayor como sería que se impidiera el ingreso a laborar y probó que, en el mes de noviembre de 2014, únicamente prestó sus servicios para los actos urgentes desde el 11 hasta el 17 de noviembre (f. 29) y desde el 25 de noviembre hasta el 1 de diciembre (f. 30), periodo que, según se evidencia a folio 141, fue pagado. En consecuencia, los días que no laboró y que, en efecto, no fueron pagados, no podrán ser reconocidos.*

Téngase en cuenta, además, que si un hecho exige prueba documental, no puede ser demostrado mediante prueba testimonial, es decir, si en atención a los parámetros jurisprudenciales antes citados para el descuento por inasistencia al trabajo es suficiente "Certificación del jefe inmediato reportando dicha ausencia.".

Así las cosas, por las razones que acá se reseñan se confirmará la sentencia apelada.

7. De los aportes a seguridad social

Según se lee al numeral 13 del memorando 000041 de 20 de noviembre de 2014, se dio la siguiente instrucción:

> *"13. Los aportes al Sistema de Seguridad Social se realizarán en un 100% a los servidores que no hayan prestado el servicio, con miras a garantizar el derecho a la seguridad social y bajo el entendido que no se encuentra suspendida la relación legal y reglamentaria con la entidad, para lo cual deberá liquidarse en autoliquidación periódica o autoliquidación por corrección. Posteriormente se realizarán los cobros correspondientes al porcentaje de aporte del empleado."*

De acuerdo con dicho documento, se evidencia a folio 141, que para el mes de noviembre, se realizaron los descuentos a seguridad social.

8. Costas

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

> *"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
> ***a)*** *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.*
> ***b)*** *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
> ***c)*** *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
> ***d)*** *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral,* ***se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales****, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado. estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
> ***e)*** *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
> ***f)*** *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[20], previa elaboración del secretaria y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
> ***g)*** *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia". Resaltado fuera de texto.*

---

[20] *"ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*

Al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. En la segunda instancia no se encuentran expensas ni gastos y la parte demandada no intervino. En consecuencia, tampoco hay lugar a fijar agencias en derecho por esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1. ***Confirmar*** *la sentencia proferida el 11 de agosto de 2017, por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en el proceso que inició el señor Mauricio Vega Prieto contra la Fiscalía General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
2. ***Sin costas*** *en esta instancia.*
3. *En firme esta providencia, por Secretaria devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.*

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 3, de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: AIDA BEATRÍZ JIMÉNEZ DE MEDINA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
RADICADO: 15001-33-33-010-2016-00018-01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad accionada contra el fallo de fecha primero (1º) de marzo de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora **AIDA BEATRIZ JIMÉNEZ DE MEDINA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

***2.1.- LA DEMANDA*:** Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora **AIDA BEATRIZ JIMÉNEZ DE MEDINA** solicitó declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. GNR 356444 de 10 de octubre de 2014, suscrito por la Gerente Nacional de Reconocimiento de COLPENSIONES que negó a la actora la reliquidación de su pensión de vejez; y Resolución Nº. VPB 34715 de 17 de abril de 2015, expedida por

la Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de COLPENSIONES, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el primero de los actos administrativos mencionados, confirmándola en su integridad.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la entidad demandada expedir un acto administrativo mediante el cual se ordene reliquidar y pagar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, esto es, del 15 de mayo de 2002 al 15 de junio de 2003, por encontrarse amparado en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Además, que la reliquidación y pago de la pensión de vejez del demandante, se efectúe con todos los factores que establecen las Leyes 33 y 62 de 1985, los cuales no son taxativos sino enunciativos, con el monto del 75% por el principio de favorabilidad, efectivo a partir del 12 de diciembre de 2010, y que COLPENSIONES efectúe los incrementos legales desde el momento en que la actora adquirió el status de pensionada, el 12 de diciembre de 2010.

Adicionalmente, que se condene a la accionada a efectuar los incrementos legales desde el momento en que adquirió el status de pensionada, y se paguen a su favor las diferencias adeudadas dejadas de reconocer desde el 12 de diciembre de 2010, y hasta cuando se pague su totalidad, incluyendo el ajuste conforme al IPC del valor más los intereses legales de cada año, hasta la fecha de su pago total, sobre las diferencias dejadas de reconocer desde el 12 de diciembre de 2010, hasta cuando se pague la totalidad, como lo establece el inciso 4 del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011. (fls. 4 a 19)

2.2.- *PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA*: A través de apoderado judicial, la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda aduciendo que la pensión de la demandante fue reconocida por el ISS en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que dispone que se debe

respetar la edad, el tiempo de servicios y el monto de régimen anterior al que venía cotizando la interesada, esto es, la Ley 33 de 1985, con sustento en los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, esto es, frente a los factores alcanzan la ultractividad, como los son la edad, semanas cotizadas o tiempo de servicio y tasa de reemplazo, por lo que el IBL y los factores salariales tenidos en cuenta serían los establecidos en la Ley 100 de 1993, y el Decreto *ibídem*, por tanto, no hay lugar a efectuar otros reconocimientos diversos a los que se efectuaron al interior de los actos acusados de nulidad.

Finalmente, propone como excepciones las que denominó como de *"inexistencia del derecho y la obligación", "improcedencia de los intereses moratorios", "improcedencia de la indexación", "cobro de lo no debido", "buena fe de COLPENSIONES" y "prescripción".* (fls. 64 a 76)

2.3.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia de fecha primero (1º) de marzo de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha conclusión el A quo manifestó que se encuentra probado que la actora nació el 12 de diciembre de 1955, siendo beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en vista que a su fecha de entrada en vigencia -1º de abril de 1994-, contaba con más de 38 años de edad, cumpliendo con la condición de la edad que para las mujeres contemplaba la norma (35 años de edad o 15 años de servicios), para exceptuarse del Sistema General de Seguridad Social, además, de acumular para la entrada en vigor de la Ley 100, acumulando casi 17 años de labores, además, que revisados los antecedentes permiten concluir que la señora AIDA BEATRIZ JIMENEZ no hacía parte de ningún régimen especial, y a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 acumulaba escasos 10 años de labores, luego entonces las normas aplicables a la prestación pensional reclamada, son las Leyes 33 y 62 de 1985.

Adujo que se encuentra demostrado que de conformidad con la certificación obrante a folios 47 y 48, se demostró que el último año de

prestación de servicios comprendido entre junio de 2002 y junio de 2003, la actora percibió i) asignación básica, ii) bonificación por servicios, iii) prima de servicios, iv) prima de vacaciones, v) horas extras diurnas y festivo diurnas, vi) viáticos, vii) compensación por vacaciones, viii) vacaciones y ix) prima de navidad, no siendo tenida en cuenta más que la asignación básica, por no estar incluidos los demás factores en el Decreto 1158 de 1994, perdiendo de vista la Administración que incluso bajo tal regulación, que no era la aplicable al caso de la demandante, debía computarse la remuneración por trabajo dominical, festivo y en horas extras, y la bonificación de servicios.

Refirió que aun cuando las primas no están incluidas de manera expresa en las Leyes 33 y 62 de 1985, como factores de liquidación de pensión, el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de 04 de agosto de 2010, Radicado interno No. 0112-09[1], precisó que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, concluyendo que la demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación, incluyendo además del sueldo básico, **la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad, bonificación por servicios prestados, horas extras, diurna y festiva**, factores salariales que devengó durante el año anterior al retiro definitivo del servicio.

Precisó que aunque la demandante también devengó durante dicho término las vacaciones, la compensación por vacaciones y los viáticos, las mismas no deben tenerse en cuenta, como quiera que no constituyen factores salariales para efectos de prestaciones sociales, al tenor de lo expresado por el H. Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

[1] Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila

Finalmente, afirmó que se encuentran prescritas las mesadas causadas con antelación al 26 de mayo de 2011, en vista que la interrupción de dicho término aconteció desde la fecha de radicación del derecho de petición No. 2014-4078815, es decir, el 26 de mayo de 2014, mediante el cual solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación. (fls. 113-118)

2.4.- *EL RECURSO DE APELACIÓN:* Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la entidad demandada la impugnó oportunamente solicitando su revocatoria, indicando que no es posible reliquidar la pensión de jubilación de la actora con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, cuando el empleador jamás cotizó a la entidad con estos factores y además, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 2015, fijó un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento, en el que dejó establecido que la Ley 100 de 1993, únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión y que con fundamento en el equilibrio del sistema de seguridad social (Art. 48 C.N), se restringió lo relacionado con el IBL, debido a que al aplicar la normatividad anterior frente a éste tema se violarían los principios que rigen la Seguridad Social, como la universalidad, solidaridad, sostenibilidad y equidad y que conducen a la defraudación del erario.

Indicó que conforme a los pronunciamientos que en materia pensional ha emitido la H. Corte Constitucional, es dable concluir que la accionante carece del derecho a que le sea realizada la reliquidación de la prestación pensional, en tanto, así lo ha determinado el conjunto del sistema normativo colombiano por conducta de interpretación integral en tanto que los factores que alcanzan el grado de ultractividad son los concernientes a la edad, el número de semanas cotizadas y la tasa de reemplazo de la pensión, en vista que el régimen de transición como protección a la expectativa legítima que tiene el afiliado para alcanzar su pensión en tanto exista cambio de legislación pensional salvaguarde el anhelo de pensión, dejando por fuera la transición del IBL. (fls. 120-124)

2.5. ***TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.***

El recurso de apelación se admitió mediante auto de 14 de julio de 2017, (fl. 143), y por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., se ordenó por auto de 31 de agosto de 2017, correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que, si a bien lo consideraba, emitiera su concepto. (fl. 149)

2.6. TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION.

El **apoderado de la demandante,** reiteró lo expuesto en la demanda e hizo referencia a los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia invocando su confirmación, además, de manifestar que la entidad accionada en los actos administrativos objeto de censura, citó como normas aplicables la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, desconociendo los derechos adquiridos de la actora y las normas que deben ser ajustadas a su caso concreto, y en su concepto si una nueva ley entrega un derecho a los afiliados que se encuentran en una expectativa para adquirir en un futuro la pensión de vejez, la entidad de previsión encargada de reconocerla y liquidarla, vulnera el derecho adquirido que da dicha norma, concretamente como lo ha denominado el legislador "régimen de transición". (fls. 151 a 154)

A su turno, el agente del **Ministerio Público** considera que se debe confirmar la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, manifestando que en el *sub examine* no es procedente dar aplicación a las Sentencias de la Corte Constitucional C-230 de 2013 y SU-258 de 2015, pues si bien es cierto dichos pronunciamientos son claros en referir que las pensiones reconocidas con abuso en la interpretación y aplicación de del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son inconstitucionales, al punto que ordenó a la UGPP que inicie las acciones judiciales correspondientes, tendientes a lograr su correcta liquidación, sin embargo, no es el caso de la accionante, pues la reliquidación de su pensión de jubilación se basa en el hecho que la entidad

175

demandada no tuvo en cuenta algunos factores, y no que se incluyan ingresos desproporcionados como producto de una vinculación como las enunciadas por el Máximo Órgano Colegiado en materia Constitucional en la jurisprudencia *ibídem*.

Concluyó que la interesada en el caso en concreto, no pretende beneficiarse de una conducta constitutiva de abuso del derecho o fraude a la Ley, debido a que permaneció en el mismo cargo durante toda su vida laboral y efectuó aportes a pensión durante la misma, y adquirió su status pensional antes de la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015. (fls. 155-170)

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En ésta oportunidad la Sala entrará a determinar si la demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación tomando en cuenta sólo los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1995 y sobre los cuales realizó sus aportes a pensión, de acuerdo a lo previsto en la leyes 33 y 62 de 1985, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

3.1 MARCO JURÍDICO

- **Del régimen de transición en materia pensional conforme a la Ley 100 de 1993.**

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; norma que permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años, las mujeres mayores de 35 años o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de enero de 1994), se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el

monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Dicho régimen de transición señaló específicamente lo siguiente:

> ***"ARTICULO. 36.- Régimen de transición****. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.*
>
> *El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...)"*

Vale anotar que éste Régimen fue modificado por el parágrafo transitorio 4º del artículo 1° del acto legislativo 01 de 2005, en donde se dispone que el régimen de transición establecido en La ley 100 de 1993 no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempos de servicio a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo (22 de julio de 2005); a los cuales se les mantendrá el derecho hasta el año 2014.

176

Según el Consejo de Estado[2], "la transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior".

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas vigentes antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, en el inciso tercero se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión. Frente a dicha contradicción la jurisprudencia[3] ha expuesto lo siguiente:

> *"**3.** El inciso 2º del artículo 36 de la mencionada ley, establece:"....."*
>
> *Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.*
>
> *Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monto." Y monto es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).*
>
> ***Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra,***

[2]Consejo de Estado; Sección Segunda, sentencia proferida el 12de mayo de 2005, Exp. No. 25000-23-25-000-2000-04685-01 (2938-04).
[3]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99.

pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, ***que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.***" (negrilla y subrayado fuer a del texto)

Igualmente, la jurisprudencia[4] ha dicho que:

"... no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la

[4]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio".

Así entonces, de lo expuesto se colige que el monto de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación, se rige para las personas amparadas en el régimen de transición, por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al *indubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En tal sentido, el artículo 1° de Ley 33 de 1985, estableció como requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación, los siguientes:

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

Ahora, en cuanto a los factores que se tendrían en cuenta para calcular la base de liquidación de la pensión, el artículo 3° de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, estableció:

*"**Artículo 1°.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, **la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes***

factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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

En torno al alcance de la lista de factores que señala la Ley 62 como base de liquidación de la pensión, la jurisprudencia no ha sido pacífica, es así como el Consejo de Estado[5] en reciente pronunciamiento ha expuesto las diferentes posiciones que hasta el momento había tenido la Corporación, así:

"... respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma."

El recuento antes mencionado es realizado por el Órgano Vértice de la Jurisdicción Contenciosa para plantear una nueva tesis con el carácter de sentencia unificadora, en los siguientes términos:

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos,

[5]Consejo de Estado. Sección Segunda, 4 de agosto de 2010, EXP. No.25000232500020060750901 (0112-2009). ACTOR: LUIS MARIO VELANDIA.-

178

normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios[6]".

La tesis antes mencionada se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso a las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías, fundamentos que son compartidos por esta Sala de Decisión, por lo que la liquidación de las pensiones bajo el régimen que aquí se analiza se determinará tal como lo ilustró el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de la siguiente manera:

"... en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

"Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha

[6] Ibídem.

connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978[7]".

Colígese de lo anterior que, todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

- **De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.**

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016, debe señalarse que sus consideraciones y efectos van dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes -como lo es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado-, son fuente de derecho, ostentan carácter vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad

[7] Ídem.

jurídica, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011[8] y C-816 de 2011[9], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[10], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
>
> *(...)*
>
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015,* ***no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa****; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una*

---

[8] *"11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.* ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante***" (Negrilla fuera de texto)

[9] *"5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.* ***En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida***" (Subraya fuera de texto)

[10] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.

(...)

En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[11]*, para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993"* (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016, proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social, disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[12], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una**

[11] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 2500023420002013-01541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.
[12] Exp. 4683-13

unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema. Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso base de liquidación** como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos y finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores salariales que se ordenan incluir en la base de liquidación pensional, a los efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Concejo de Estado, también lo es que Órgano Supremo de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala

mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[13].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

3.2. Caso concreto.

Se encuentra demostrado en el plenario que la demandante nació el 12 de diciembre de 1955, por lo tanto, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía 38 años de edad, razón que conduce a concluir que hace parte del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con más de 35 años a la fecha en que inició a regir. En consecuencia, para efectos de determinar si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, sin que sea procedente liquidar su pensión de jubilación con los factores salariales enunciados en el Artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, pues como se indicó en el marco normativo de ésta providencia, el H. Consejo de Estado unificó su jurisprudencia indicando que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los empleados oficiales, todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicio.

Por lo anterior, entrará la Sala a determinar cuáles de los factores devengados por la actora durante el último año de servicios, deben ser tomados en cuenta para determinar su base de liquidación pensional.

Al observar el certificado de tiempo de servicios obrante a folios 47 y 48 del plenario, expedido por parte de la Profesional Especializada de Talento

[13] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. Jose Luis Barceló Camacho

181

Humano de la Lotería de Boyacá, observa la Sala que la demandante durante el último año de servicio laborado al servicio de dicha entidad, esto es, del 15 de junio de 2002 al 15 de junio de 2003, devengó los siguientes factores salariales: **Prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, horas extras diurnas y horas extras festivos diurnas.**

A su turno, en la Resolución No. 04847 de 20 de febrero de 2012, por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación a la actora teniendo en cuenta únicamente la **asignación básica** de $2.201.333,oo al que se aplicó un porcentaje de liquidación del 75%, siendo equivalente a $1.651.000,oo. (fls. 30-33).

Ahora bien, al hacer una comparación de los factores salariales reconocidos por la entidad demandada, y los devengados por la actora en su último año de servicios prestados, encuentra la Sala que en el acto administrativo de reconocimiento pensional, se tuvo en cuenta sólo como ingreso base de liquidación la asignación básica mensual, tomando en cuenta los salarios de los 365 días anteriores a la última fecha de cotización, como se extrae de la parte considerativa de la Resolución No. 04847 de 20 de febrero de 2012.

Precisa la Sala que, como bien lo señaló el Juez de primera instancia, aunque la actora también devengó durante éste periodo, las vacaciones y la compensación por vacaciones, los mismos no serán computables para efectos pensionales, como quiera que no constituyen salario, tal y como lo señaló la sentencia unificadora del Consejo de Estado de 04 de agosto de 2010, al indicar que *"las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador"*, como tampoco los viáticos, al carecer la certificación aportada de la información requerida por el Decreto 1045 de 1978, en su artículo 45, para considerarlos como factor salarial para calcular la pensión de jubilación.

En este orden de ideas, concluye la Sala que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, -conforme lo expuesto

en acápite anterior-, lo mismo que en acatamiento de mandatos Superiores y de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA, la pensión de jubilación reconocida a la demandante debe reliquidarse con la inclusión todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio, es decir, no solo con el sueldo básico sino también la **prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, horas extras diurnas y horas extras festivos diurnas,** y con efectos fiscales a partir del **26 de mayo de 2011**, con ocasión de la consolidación del fenómeno prescriptivo causado en las mesadas anteriores a dicha calenda.

De otro lado, se concluye que en contraposición al argumento de apelación elevado por la entidad accionada, y concerniente a la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015, es oportuno enfatizar como se hizo en el acápite de marco jurídico de esta providencia, que la Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de Unificación emitida por el H. Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente.

- De la prescripción

Así las cosas, teniendo en cuenta que a la demandante se le reconoció pensión de jubilación a partir del **12 de diciembre de 2010**, fecha en que adquirió el status pensional, forzoso resulta concluir que en el *sub judice* ha operado de forma parcial el fenómeno de la prescripción previsto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[14], y 102 del Decreto 1848 de 1969[15], de las mesadas causadas con antelación al 26 de mayo de 2011,

[14] "Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

[15] **Artículo 102º.-** Prescripción de acciones.

como quiera que la demandante elevó solicitud de reliquidación pensional el día 26 de mayo de 2014 (fls. 20-24), y haber transcurrido más de tres (3) años entre una y otra fecha, emergiendo como acertada la consideración efectuada por el A quo al respecto, de ordenar la reliquidación de la pensión a partir del 26 mayo de 2011, como se expuso en el párrafo que precede.

3.3 De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones:

En este punto, reiterando la postura que se ha venido adoptando por esta Sala de Decisión[16], se considera que es procedente que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **AIDA BEATRIZ JIMÉNEZ DE MEDINA**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso de la demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993, y tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

---

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

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

[16] Ver entre otras, sentencias de 28 de junio de 2016 exp. 2013-732-00, Sentencia de 13 de septiembre de 2016 exp. No. 2013-674-00, y sentencia de 13 de septiembre de2016 exp. 2014-83-00, con ponencia del suscrito.

En vista que el A quo en el numeral 6º de la sentencia objeto de estudio dispuso que la entidad accionada COLPENSIONES, deberá efectuar los descuentos a cargo de del empleado que no se hubiesen efectuado al Sistema General de Pensiones, a partir del **15 de junio de 1998**, esto es, durante sus últimos 5 años de vida laboral como se expuso en líneas precedentes, en este sentido la sentencia también será confirmada.

IV. COSTAS

Frente al caso concreto, quedó demostrado que la parte demandante, quien terminó favorecida dentro del presente proceso, intervino en el trámite de la segunda instancia presentando alegatos de conclusión[17], es decir, se hallan acreditadas las expensas y los gastos efectuados en el trámite de alzada, es una razón suficiente para concluir que hay lugar a su imposición.

En suma, teniendo en cuenta que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, la Sala tendrá en cuenta lo normado para la materia en el Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, en atención a lo señalado en los artículos 3, 4 y 6 del referido Acuerdo, se condenará al pago de Agencias en Derecho en contra de la parte vencida y a favor de la demandante por el valor que resulte de aplicar el UNO POR CIENTO (1%) al valor de las pretensiones, esto es el equivalente a $220.752,42 si se tiene en cuenta que la cuantía de las pretensiones fue calculada en la demanda en un equivalente a $22.075.242,oo.

- **CONCLUSIÓN**

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las

[17] Folios 151-154 C. 2ª Instancia.

pretensiones de la demanda amerita ser confirmado en su integridad, como quiera que los argumentos expuestos en la alzada no desvirtuaron la legalidad de las decisiones que allí fueron plasmadas por el Juzgado 10º Administrativo Oral del Circuito de Tunja en sentencia de 1º de marzo de 2017.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia del 1º de marzo de 2017, por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva.

Segundo.- Condenar en **COSTAS** en esta instancia a la entidad demandada por ser la parte vencida en el proceso, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

Tercero.- Fijar como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $220.752,42, que corresponde al 1% de las pretensiones de la demanda.

Cuarto.- Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría **ENVÍESE** el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: AIDA BEATRIZ JIMÉNEZ MEDINA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICADO: 150013333010-2016- 00018- 01

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

Medio de Control	:	**Nulidad y Restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**José Jairo Barrios García**
Demandado	:	**Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**
Expediente	:	**150013333010-2016-00028-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 25 de enero de 2017, por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA. El señor José Jairo Barrios García mediante apoderado judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para que se acojan las siguientes pretensiones:

PRETENSIONES. Que se declare la nulidad del Oficio No. 320 CREMIL 14083 CONSECUTIVO 2014-12728 del 24 de febrero de 2014, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual niega el incremento de la prima de actividad.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento solicita se ordene el reajuste de su asignación de retiro, incrementando el porcentaje de la

prima de actividad del 37.5 al 41.5% de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.

Solicita de igual manera se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a cancelar con retroactividad los valores adeudados en forma indexada a partir del 12 de febrero de 2010, y se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y s.s. del CPACA.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que la Caja de Retiro de las Fuerzas militares, reconoció asignación mensual de retiro al señor Sargento Viceprimero ® José Jairo Barrios García, mediante Resolución No. 0943 del 5 de septiembre de 1979.

Indica que el actor solicitó mediante reclamación administrativa el 12 de febrero de 2014 con consecutivo 2014-14083, el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste por concepto de prima de actividad del 37,5 al 41,5% y el pago de los últimos cuatro años no prescritos, petición que fue resuelta a través del Oficio No. 320 CREMIL 14083 CONSECUTIVO 2014-12728 del 24 de febrero de 2014, en el que la entidad accionada manifiesta que no es viable el conceder las peticiones al reajuste de la prima de actividad.

Precisa que la entidad demandada aplicó indebidamente el Decreto 2863 de 2007, toda vez que solamente aumentó al actor el 12,5% sobre su asignación básica, haciendo falta 4 puntos porcentuales por reajustar, siendo el 16,5%.

Explica que en el Oficio No. 320 CREMIL 14083 consecutivo 2014-12728 del 24 de febrero de 2014, la entidad falsea el contenido del Decreto 2863 cuando afirma "que mediante Decreto No. 2863 del 27 de julio de 2007, el Gobierno Nacional autorizó el aumento en la prima de actividad, en un 50% del porcentaje que venían devengando a la entrada en vigencia del citado decreto, para el 01 de julio de 2007 el señor Sargento Viceprimero® José Jairo Barrios García, tenía reconocido el 25%

como partida computable de prima de actividad, más el 50% de ese 25% que es el 12,5% dando un total del 37,5% porcentaje que viene percibiendo a la fecha en su asignación de retiro".

Que el aumento autorizado no es el 50% del porcentaje que venían devengando a la entrada en vigencia del Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, sino en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el activo correspondiente, es decir en un 50% del 33% del activo, es decir el 16,5%.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 05 de abril de 2016 ante el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

Mediante proveído del 13 de abril de 2016, ese despacho admitió la demanda y además ordenó notificar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P. (fls. 33 a 33A). Solicitó además a la parte demandada allegar el expediente administrativo contentivo de la actuación objeto del proceso, conforme al parágrafo primero del artículo 175 del CPACA.

1. Contestación de la demanda

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que desde la Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte del régimen especial, diferente del general al cual hacen parte los demás trabajadores, como lo señala la Constitución Política en el inciso 3 del artículo 217.

Que en desarrollo de los preceptos constitucionales, se han proferido diferentes disposiciones legales, por las cuales ser reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como son entre otros el Decreto 3071 de 1968, el Decreto 2337 de 1971, el Decreto 612 de 1977, el Decreto 089 de 1984, el Decreto 095 de 1989, el Decreto Ley 1211 de 1990, y actualmente se encuentra vigente el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Señaló que el Sargento Viceprimero José Jairo Barrios García, adquirió el carácter de retirado al desvincularse del Ejercito Nacional a partir del 16 de julio de 1979, de ahí que mediante Resolución No. 0943 del 05 de septiembre de 1979 le fue reconocida asignación de retiro.

Indicó que las actuaciones administrativas, se realizaron bajo la vigencia del Decreto 612 de 1977, norma especial y vigente al momento de los hechos; que con posterioridad se expidió el Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989, el cual en su artículo 155 en concordancia con el artículo 154 estableció una modificación en la partida de la prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas con anterioridad al 18 de enero de 1984, situación que encaja en el supuesto normativo como quiera que el tiempo de servicios del actor fue de 21 años, 2 meses, y 13 días.

Señaló que mediante petición el actor solicitó el reajuste de la prima de actividad dentro de su asignación de retiro, pretendiendo se le modificara el porcentaje de la prima de actividad, a lo cual se le dio respuesta no accediendo a lo solicitado, por cuanto su prestación quedó consolidada bajo el imperio del Decreto 612 de 1977 y el Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989, constituyéndose en un derecho adquirido, no siendo aplicables las modificaciones en aplicación a normas posteriores.

Sostuvo que al demandante se le venía liquidando dentro de la asignación de retiro el 25% de prima de actividad a partir del 9 de junio de 1989 y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con lo cual dicho porcentaje fue incrementado al 12.5%,

porcentaje reconocido al demandante de acuerdo al tiempo de servicios acreditado, haciendo claridad que el porcentaje reconocido al actor fue el tope máximo permitido por el legislador para la época.

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

Manifestó que si se cotejara lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007 y el incremento aplicado a la asignación de retiro del demandante, se encuentra correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues a la entidad le correspondía realizar un incremento del 12.5% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 25% al 37.5% con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro.

Menciona que el incremento del 50% sobre la prima de actividad depende estrictamente del porcentaje reconocido como consecuencia del tiempo de servicios que tenga acumulado cada titular de la asignación de retiro, lo que se desprende de la norma es que el ajuste por dicho concepto sea en el mismo porcentaje en que se haya aumentado en el activo correspondiente; que la prima de actividad se incrementa en el mismo porcentaje ordenado en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, conllevando a aplicar el 50% de lo devengado en la referida prima, que para el caso de la asignación recibida por el señor Barrios García José Jairo, al tener reconocida la prima de actividad en un 25%, este porcentaje debe ser incrementado en un 12.5% para un total del 37.5, valor que se ha venido reconociendo.

Presentó como excepción la denominada "NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACION EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES".

2. Audiencia inicial

Mediante Proveído de 03 de noviembre de 2016 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del CPACA (fl. 113).

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial y evacuada las etapas de ésta, se ordenó correr traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, y se procedió a emitir decisión de fondo.

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja en sentencia de 25 de enero de 2017 declaró probada la excepción de prescripción de las diferencias en las mesadas anteriores al 12 de febrero de 2010; declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2014-12728-320 del 24 de febrero de 2014 en lo que corresponde al reajuste de la prima de actividad, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas militares.

A título de restablecimiento del derecho ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación de retiro percibida por el señor José Jairo Barrios García, en la partida correspondiente a la prima de actividad, para elevarla al 41.5%, a partir del 1 de julio de 2007 y a pagar las diferencias en las mesadas causadas, respecto del incremento reconocido (37.5%), con efectos fiscales a partir del 12 de febrero de 2010, dado el efecto prescriptivo.

Precisó el a quo que según Hoja de Servicios No. 0292, el señor José Jairo Barrios García, se retiró del servicio a partir del 16 de julio de 1979 en el grado de Sargento Viceprimero del Ejército Nacional, acumulando 21 años, 2 meses y 13 días de servicio; que mediante Resolución 0943 del 5 de septiembre de 1979, CREMIL le

reconoció asignación de retiro incluyendo el 15% de la prima de actividad, lo cual se explica porque, al demandante le fue aplicado el Decreto 612 de 1977.[1]

Señala que el Decreto 612 de 1977, fue derogado por el Decreto Ley 89 de 1984, en el cual se incrementó el porcentaje de la prima de actividad a reconocer en la asignación de retiro para el personal que se retirase con posterioridad a su entrada en vigencia, que a su vez fue derogado por el Decreto 95 de 1989, por el cual se reforma el estatuto de carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares plasmado en su artículo 155; que los nuevos porcentajes a incluir por concepto de prima de actividad en la asignación de retiro sería también aplicables al personal retirado antes del 18 de enero de 1984 y que estuviera gozando de asignación de retiro o de pensión, fijando las escalas de los porcentajes a reconocer para los años de 1990 a 1992, para consolidarse a partir de esta última fecha en la suma correspondiente para cada persona que para el caso del actor era del 25%.

Establece que en relación con el incremento del porcentaje de la prima de actividad el Decreto 2863 modificó lo establecido por el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, fijando un incremento al porcentaje de la prima de actividad, incluyendo a quienes les había sido reconocida la asignación de retiro aun con anterioridad a la norma en mención; estableciendo que surte efectos fiscales a partir del 1° de julio de 2007.

Frente al caso concreto indica que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el Oficio No. 2014-12728-320 del 24 de febrero de 2014, aplicó indebidamente el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, dado que el incremento del 50% lo

[1]Artículo 131. Bases de liquidación. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

a) Cesantía y demás prestaciones unitarias sobre sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava parte de la prima de Navidad; prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto; gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto:

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre; sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar de los Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos liquidados conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado ; doceava parte de la prima de Navidad; prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto; gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto:"

materializó sobre la base que se venía pagando en uso del retiro, es decir el 25%, por lo cual elevó la prima de actividad al 37.5% cuando ha debido adicionar a dicho porcentaje, el incremento que sobre la prima percibía un activo, es decir el 50% del 33%, equivalente al 16.5%, con lo cual debía aumentarse la prima de actividad que percibía el señor Barrios García al 41.5%.

V. EL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad accionada presentó recurso de apelación (fls. 123 a 126 c2), indicando que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de: salario básico incrementado en el 38.5 de la prima de antigüedad tal como lo aplica la entidad; que se declare la prescripción si al actor le asiste algún derecho respecto a las pretensiones de la demanda.

Que si se decide emitir condena contra la entidad, solicita se tenga en cuenta que desde el inicio del proceso se planteó la excepción de la prescripción, por lo que las pretensiones del demandante prosperarían parcialmente y es legalmente valido exonerar a la entidad de la condena en costas; que conforme al artículo 365 solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causadas y comprobadas.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante proveído del 05 de mayo de 2017, el a quo concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fls. 135 y 135 vto.).

Mediante providencia del 14 de julio de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fls. 153 y 153 vto.).

A través de proveído de 8 de septiembre de 2017 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la

consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A. (fl. 158 y 158 vto.).

Las partes guardaron silencio.

El Ministerio Público solicitó el reajuste de la partida de la prima de actividad que se le viene reconociendo al accionante en su asignación de retiro, conforme al mismo porcentaje en que se haya ajustado al activo correspondiente, es decir en un porcentaje total del 41.5% (25% + 16.5), a partir del 1° de julio de 2007, con efectos fiscales a partir del 12 de febrero de 2010, por haber operado el fenómeno de la prescripción cuatrienal.

VII. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Planteamiento del problema jurídico a resolver

Se trata en este caso de establecer la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 320 CREMIL 14083 CONSECUTIVO 2014-12728 del 24 de febrero de 2014, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se le niega el reajuste, reliquidación y pago de la prima de actividad y consecuente reajuste de la asignación de retiro, conforme lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.

3. Del Régimen Prestacional de la Fuerza Pública

Lo primero que importa esclarecer es que la Fuerza Pública, por mandato constitucional expreso, ha de contar con un régimen prestacional propio, pues así lo determinó el constituyente de 1991 al dictaminar en los artículos 150 numeral 19 literal e) y 217 lo siguiente:

> **"ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
>
> 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:
>
> a) Organizar el crédito público;
>
> b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;
>
> c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;
>
> d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;
>
> **e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.**
>
> f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.
>
> Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas…"

Por su parte, el artículo 217 Superior, relativo a la Fuerza Pública, señaló:

> "**ARTICULO 217**. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.
>
> Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.
>
> La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y **el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio**". Resaltado fuera de texto

4. De la prima de actividad

La prima de actividad fue creada en virtud de la Ley 131 de 1961[2], en favor de los oficiales y suboficiales tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional que se encontraran en servicio activo; esta prima no era partida computable a las asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales reconocidas a los miembros de la Fuerza Pública. Luego, el artículo 116 del Decreto 2337 de 1971[3] previó que la prima de actividad se liquidaría en un 15% del sueldo correspondiente al grado respectivo.

Posteriormente, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades concedidas por la Ley 19 de 1983, expidió el Decreto Ley 089 de 1984 "Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", en cuyo artículo 80 estableció la prima de actividad para el personal en servicio activo equivalente al 33% del respectivo sueldo básico. Además, el artículo 151 ibídem señaló que ésta era factor de liquidación en asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.

Posteriormente, el Decreto 095 de 1989[4] en su artículo 82 dispuso que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo se les pagaría prima mensual de actividad equivalente al 33% del respectivo sueldo básico. A su vez, el artículo 153 del mismo decreto la incluyó en la liquidación de prestaciones sociales, y el artículo 154 ídem la dispuso como factor computable en las asignaciones de retiro de quienes fueran separados del servicio activo a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, teniendo en cuenta el tiempo de servicio del oficial o suboficial retirado[5].

---

[2] Por la cual se crea una prima a favor del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.
[3] Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.
[4] Por el cual se reforma el estatuto de carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.
[5] ARTÍCULO 154. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. <Decreto derogado por el artículo 270 del Decreto 1211 de 1990> A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:
--Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
--Para individuos con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
--Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).
--Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

Mediante el Decreto 1211 de 1990[6] el Gobierno Nacional reformó el estatuto personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y dejó incólumes las disposiciones relativas a la prima de actividad tanto para el personal en servicio activo como para el personal retirado. En efecto, el artículo 84 de dicho decreto previó:

> "**ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico."

Por su parte, el artículo 158 ibídem estableció que al personal de Oficiales y Suboficiales que fuera retirado del servicio en vigencia de ese estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales teniendo en cuenta, entre otras partidas, la prima de actividad, que debe computarse, para efectos de asignación de retiro, conforme se indica en el artículo 159 del mismo estatuto, precisó la norma:

> "**ARTICULO 159. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD.** A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:
>
> - Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
> - Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
>
> - Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).
> - Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).
> - Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)."

Con posterioridad, el legislador expidió la Ley 923 de 2004 mediante la cual "se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política", y que en el numeral 2.1. del artículo 2°

--Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).
[6] Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

señaló como criterio el respeto a los derechos adquiridos conforme a las disposiciones anteriores a su entrada en vigencia; igualmente, el numeral 3.3. del artículo 3° de la citada Ley previó que "… Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública."

En desarrollo de la ley citada, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004 "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", y reiteró que la prima de actividad[7] era partida computable para la liquidación de las asignaciones de retiro reconocidas al personal retirado; los artículos 14 y 15 establecieron los porcentajes para la liquidación de prestaciones que se reconozcan a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo.

En conclusión, es claro que la prima de actividad es un factor que se incluye como partida en la liquidación de las pensiones y asignaciones de retiro, conforme a los porcentajes y tiempo de servicio, vigentes al momento del retiro.

5. Del principio de oscilación

El principio de oscilación fue instituido como un mecanismo de nivelación o reajuste de las asignaciones del personal de la Fuerza Pública en retiro, de acuerdo con las variaciones que sufre cada retribución en actividad.

El artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 prevé:

> "**ARTÍCULO 169.** OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario

[7] Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:
13.1 Oficiales y Suboficiales:
(…)
13.1.2 Prima de actividad.

> mínimo legal.
>
> Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.
>
> **PARAGRAFO.** Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto."

A su vez, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 hizo referencia al principio de oscilación aplicable a las asignaciones de retiro y de la pensión. Esta disposición indica:

> "**Artículo 42**. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.
> El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley."

Por otra parte, la Ley 923 de 2004 en su artículo 3º señaló:

> "**ARTÍCULO 3o.** El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: (…) 3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo". Resaltado fuera de texto

En esos términos el principio de oscilación se refiere a que las asignaciones de retiro y pensiones de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de la Fuerzas Militares se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones en actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales.

6. De la aplicación del Decreto 2863 de 2007

El Decreto 1515 de mayo 5 de 2007 "por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la

Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial" fue expedido por el Presidente de la Republica, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992[8]. Esa norma, en su artículo 1º determinó:

> "Artículo 1°. De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.
>
> Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General.
>
> OFICIALES
> (…)
> SUBOFICIALES
> (…)
> NIVEL EJECUTIVO
> (…)
> AGENTES DE LOS CUERPOS PROFESIONAL Y PROFESIONAL ESPECIAL DE LA POLICÍA NACIONAL…"

El **Decreto 2863 de 27 de julio de 2007** "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones" fue expedido por el Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992 y la Ley 923 de 2004[9] y en lo pertinente dispuso:

> "Artículo 2º**.** Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:
>
> Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad **de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990[10], 68 del Decreto-ley 1212 de 1990[11] y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990[12].**

[8] Diario Oficial No. 40.451, de 18 de mayo de 1992 Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

[9] Diario Oficial No. 45.777 de diciembre 30 de 2004 "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

[10] Por el cual se reforma el estatuto del personal de **oficiales y suboficiales de las fuerzas militares**

[11] Por el cual se reforma el estatuto del personal de **oficiales y suboficiales de la Policía Nacional**.

[12] Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional del **personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.**

> Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).
>
> (…)
> Artículo 4º. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, **los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional** con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional** obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste **en el mismo porcentaje** en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.
>
> Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones.” Resaltado fuera de texto.

Lo antes descrito permite señalar que mediante el Decreto 1515 de 2007 se fijó un régimen salarial de sueldos básicos según una escala porcentual para los miembros de la Fuerza Pública, ello en desarrollo de las facultades que en materia salarial confiere la Ley 4ª de 1992 al Presidente de la República.

Además, que en la modificación al régimen salarial, introducida por el Decreto 2863 de 2007, se precisaron los regímenes a los que era aplicable el incremento en la prima de actividad, así, para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional – Decretos 1211 y 1212 de 1990 – y el personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional – Decreto 1214 de 1990-.

Conforme lo prevé el Decreto 2863 traído en cita, el porcentaje de la prima de actividad del personal activo fue incrementado en un 50% y, en virtud del principio de oscilación, también los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que gozan de asignación de retiro o pensión, tienen derecho a que les ajuste la mencionada prima en el mismo porcentaje en que se ajustó tal prestación al personal activo correspondiente.

Este Tribunal en sentencia de 9 de marzo de 2015, con ponencia del Magistrado

Doctor Fabio Iván Afanador García[13], al efectuar el respectivo análisis de lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, preciso lo siguiente:

> "El primer inciso del artículo 2° hace relación a las siguientes normas: artículo 84 Decreto 1211 (prima de actividad del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares activos), artículo 68 del Decreto 1212 de 1990 que consagra la prima de actividad para Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional Activos y artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, que reconoce la prima de actividad para los empleados del Ministerio de Defensa; por tanto, en principio y de manera directa, el contenido normativo de este inciso está dirigido al personal en servicio activo. (Subraya de la cita)
>
> El inciso segundo de la norma en comento regula el impacto de la prima de actividad en las demás prestaciones sociales, como quiera que la primera sirve de partida para computar las últimas (art. 158 D.L. 1211/90). En estos casos, se prevé un incremento de la prima de actividad, como partida computable, en un 50% según el tiempo de servicio. Ahora bien, el inciso en estudio dejó claro que tal incremento de la prima de actividad teniendo en cuenta el tiempo de servicio no se aplica para el cálculo de la asignación de retiro o pensión, pues fue expresamente excluido en dicha norma al consagrar que "… para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión…". (Resaltado del original)
>
> Así las cosas, el contenido normativo del inciso segundo en comento tendría campo de aplicación específico para las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro o pensión, como lo serían la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica (art. 181), el auxilio de cesantía, la compensación por muerte en combate (art. 189) o en misión del servicio (art. 190) o simplemente en actividad (art. 191), entre otras.
>
> En búsqueda del porcentaje de incremento de la prima de actividad en la asignación de retiro del personal retirado de las Fuerzas Militares, se debe analizar el contenido del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, que establece:
>
> "Artículo 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional **con asignación de retiro o pensión de invalidez** o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional **obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto** que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007. (Resaltado original)
>
> De la lectura de la norma en cita, se desprende que su objetivo es **nivelar el porcentaje que se incrementó la prima de actividad, tanto para el personal activo como el retirado, lo cual efectiviza el principio de oscilación**.
>
> Conforme a lo expuesto, es importante en este punto recordar que el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 estableció el porcentaje de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales activos de las Fuerzas Militares en el 33%, y dicho porcentaje fue aumentado en el 50% por disposición expresa del inciso 1 del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, a partir del 1° de julio de 2007.

[13] Sala de Decisión No. 1. Radicación No. 15001 3333 005 2013 00139-01, Demandante: Víctor Manuel Carrillo Carrillo.

> A juicio de la Sala, **debe entenderse que el incremento del porcentaje de la prima de actividad, para efectos del cálculo de la asignación de retiro, corresponde al 16.5% en todos los casos, el cual resulta al calcular la mitad del 33%** (art. 84 D.L. 1211/90), pues es claro que tratándose de este aumento no se previó condicionamiento alguno relacionado con el tiempo de servicios, como sí se hizo para las demás prestaciones sociales." Resaltado fuera de texto

En ese orden, entiéndase que el incremento de la prima de actividad para efectos de computar la asignación de retiro, en todo caso corresponde al 16.5% que es la mitad del 33% establecido en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 devengado por el personal activo, como quiera que el Decreto 2863 de 2007 al establecer este aumento no condicionó su aplicación al tiempo de servicio prestado por el ex servidor, como si se estableció para el resto de prestaciones sociales.

7. Caso concreto:

De las pruebas obrantes en el expediente se tiene que:

-Que el señor José Jairo Barrios García prestó sus servicios a las Fuerzas Militares por un lapso de 21 años, 2 meses y 13 días, ejerciendo como último cargo el grado de Sargento Viceprimero del Ejército, y fue retirado del servicio mediante Resolución No. 0093 de 16 de abril de 1979.[14]

-Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución No. 0943 de 5 de septiembre de 1979[15], le reconoció una asignación de retiro en cuantía del 74% con base en el sueldo de actividad correspondiente a su grado en todo tiempo.

-Dentro de la resolución de reconocimiento de asignación de retiro, vista a folios 13 y 13 vuelto del cuaderno 1, se acredita que como partida de PRIMA DE ACTIVIDAD se incluyó un 15%.

[14] Folio 19
[15] Folios 13 y 13 vto.

- El actor mediante escrito del 12 de febrero de 2014 solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "se reconozca el incremento de la Prima de Actividad al 49.5% de acuerdo a lo ordenado por la ley" (fl. 14).

-En el Oficio No. 320 CREMIL 14083 CONSECUTIVO 2014-12728 del 24 de febrero de 2014 (acto demandado), CREMIL manifestó haber cumplido lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, indicándole que "…venía con el 25% más el 50% de este porcentaje corresponde al 12.5%, dando como resultado un porcentaje en la prima de actividad de 37.5%, porcentaje que viene siendo liquidado y pagado dentro de la asignación de retiro, a partir del 01 de julio de 2007, fecha de entrada en vigencia de la norma anteriormente señala, por lo que no es posible atender favorablemente su petición" (fl. 15).

Tal incremento y sus correspondientes valores fueron certificados por la Profesional de Defensa de la entidad demandada a través de la certificación No. 613 CREMIL 9462 CONSECUTIVO 2016-7465 del 06 de febrero de 2016 **"PRIMA DE ACTIVIDAD 25,0%"** (fl.18).

A criterio de la Sala la entidad demandada aplicó erróneamente lo establecido en el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, pues cuando dicha disposición hace referencia al incremento de la prima de actividad para la asignación de retiro en un porcentaje del 50% no es frente al que ya viene siendo reconocido sino sobre el porcentaje que sobre este factor devenga el personal activo, es decir del 33% de cuya operación aritmética resulta un 16.5%, más cuando dicho precepto no condicionó su aplicación al tiempo de servicio prestado.

Ahora bien la parte demandante no se encuentra de acuerdo con la sentencia pues, asegura, que su prima de actividad no debe ser reajustada al 37.5% sino al **41.5%**, por cuanto el Decreto 2863 de 2007 no estableció el aumento dependiendo el porcentaje que se le hubiese reconocido en la asignación de retiro.

Tal como lo indicó la Sala de Decisión No. 3 de esta Corporación en sentencia de

1 de febrero de 2016[16], Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz:

> "… en este caso no es posible adicionar el 16.5% a ese 37.5% como quiera que este último porcentaje, resultó del aumento que aplicó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares del Decreto 2863 de 2007, como se explica en el acto censurado; así las cosas, el aumento del 50% ordenado por la norma debe ser adicionado al porcentaje que se le venía reconociendo al actor antes del 2007, esto es el 25%.
>
> Pero la conclusión a la que se llega no implica condiciones diferentes entre el personal activo y retirado de la Fuerza Pública a quienes se les aumentó la prima de actividad al 49.5%, como quiera que la nivelación consagrada por la norma se refiere al 16.5%, porcentaje que debe adicionarse al reconocido en la pensión o asignación para cada caso; en manera alguna se estableció el aumento del 50% sobre el 49.5% en que se fijó la prima de actividad.
>
> Obsérvese que si la prima era del 33% y pasó al 49.5% **el incremento para el personal en servicio activo fue del 16.5%, es decir igual al que se concluye debe aplicarse al demandante.** Acceder a reconocer el 49.5% implicaría que en el caso del demandante el aumento sería del 29.5%[17] lo cual sí generaría un desequilibrio frente al personal en actividad y desacataría lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, sin fundamento legal alguno…" Resaltado fuera de texto

Teniendo en cuenta lo anterior se concluye que el porcentaje que debió habérsele reconocido al demandante con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007 es del **25%** porcentaje establecido por prima de actividad una vez le fue reconocida asignación de retiro más el **16.5%** equivalente al 50% del porcentaje correspondiente a la prima de actividad reconocida al personal activo del ejército nacional que ostenta el mismo grado del suboficial retirado, es decir el 33% conforme lo establecido en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, lo que en suma daría un total de **41.5%.**

Ahora bien como quiera que al demandante se le viene reconociendo la prima de actividad en un porcentaje del 37.5% y no como corresponde en un 41.5% implica declarar la nulidad del acto acusado, y como consecuencia de ello, ordenar a la entidad demandada a reajustar la asignación de retiro devengada por el señor José Jairo Barrios García a partir del 1 de julio de 2007 atendiendo para ello el reajuste del porcentaje de la prima de actividad en un 41.5% con el pago de las diferencias

[16] Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: **José Arquímedes Mosquera Sarria.** Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- . Expediente: 15001 3333 008 **2014 00082** 01

[17] El reconocido en su prestación es del **25% por prima de actividad.**

causadas a partir del 12 de febrero de 2010, por efectos de la prescripción cuatrienal.

Respecto de las costas a las que hace referencia el recurrente, la Sala no emitirá pronunciamiento alguno, teniendo en cuenta que en primera instancia no se impuso condena por este concepto.

VIII. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, en virtud a que no prospero el recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas.

Igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma (1) S.M.M.L.V. ello en virtud con lo dispuesto en el artículo 5º del Acuerdo Nº PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja de 25 de enero de 2017, impetrada por el señor José Jairo Barrios García contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte accionada, en virtud a que no prosperó el recurso de apelación. El a quo procederá a su liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO: FIJAR como agencias en derecho a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas militares, la suma de un (1) S.M.M.L.V.

CUARTO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

La anterior firma hace parte integrante del expediente No. 150013333010-2016-00028-01

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, diciembre catorce (14) de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Lucía Súa de Huertas***
Demandado: Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
*Expediente: 15001-33-33-010-**2016-00125**-01*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de primera instancia proferida el 27 de julio de 2017 por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por ***LUCÍA SÚA DE HUERTAS*** *contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda. *(fls. 2 a 13) En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, LUCÍA SÚA DE HUERTAS a través de apoderado judicial, pidió:*

> *"1. Se declare la* ***Existencia del Silencio Administrativo negativo, en relación con el Derecho de Petición radicado en el año 2012*** *ante la Secretaría de Educación de Boyacá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que mi mandante, solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las Mesada Adicional de diciembre.*
>
> *2. Se declare la nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto citado en el numeral anterior."*

A título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – FNPSM para que ordene a la Fiduprevisora S.A. el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados con destino a salud sobre la mesada adicional de diciembre, desde la adquisición de su status jurídico de pensionado, 7 de octubre de 2007 hasta la fecha; que se suspendan dichos descuentos.

Que se condene al pago indexado del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha del status jurídico de conformidad con el IPC; que se dé cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA y que se condene en costas a la demandada.

Señaló como normas violadas las Leyes 4° de 1966 y 1976, 43 de 1984, 100 de 1993 y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1073 de 2002.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 50-55 c2)

El Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja declaró la ocurrencia del silencio administrativo negativo frente a la petición de 20 de enero de 2012; negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante, con fundamento en lo siguiente:

Contrajo el problema jurídico a establecer si es procedente el descuento del 12% con destino a salud, que se realiza en la mesada adicional de diciembre que percibe la demandante.

Citó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993; el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, el Decreto 2341 de 2003, el Decreto 1073 de 2002 y el artículo 5 de la Ley 43 de 1984, para decir que los docentes no gozan de régimen pensional especial, pero si de un régimen especial respecto de la administración y prestación del servicio de salud. Hizo alusión a la sentencia C-369 de 2004 proferida por la Corte Constitucional.

Adujo que no puede sostenerse que la sola remisión de la Ley 812 de 2003 a la Ley 100 de 1993, tratándose del monto de las cotizaciones haya comportado incorporación a dicho sistema de seguridad social; que el artículo 279 de la segunda ley, exceptuó a los afiliados al FNPSM, los cuales se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo.

Afirmó que no existe incorporación al sistema general, ni puede haber asimilación para el caso de los docentes en lo que a los descuentos de mesadas adicionales se trata, pues la deducción está vinculada con la naturaleza y cobertura del régimen especial docente en materia de salud, de tal suerte que no puede ser considerada como una prestación autónoma a partir de la cual se sostenga un tratamiento diferente con el régimen general. Citó la sentencia T-359 de 2009 proferida por la Corte Constitucional y la sentencia de 6 de abril de 2011 proferida por la Sección

Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor Luis Rafael Vergara Quintero y las sentencias proferida por este Tribunal el 13 de noviembre de 2013 con ponencia del Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros y de 21 de octubre de 2013 con ponencia de quien suscribe esta providencia.

III. RECURSO DE APELACION.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación, el cual fue sustentado en la audiencia inicial, así:

Indicó que si bien es cierto la Ley 812 de 2003 remite a los artículo 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, así como al Decreto 1073 de 2002, el cual consagra que los descuentos no pueden efectuarse sobre las mesadas adicionales; consideró que se vulneran sus derechos y se causa un detrimento patrimonial al descontarse el 12% mensual de su mesada adicional, lo que equivaldría a descontarle el 24% mensual. Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado para alegar de conclusión, la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

*Por su parte, **Lucía Súa de Huertas**, parte demandante, citó las sentencias proferidas el 10 de junio de 2010, el 15 de octubre de 2015, el 11, 12 y 18 de febrero de 2016, el 19 de abril de 2016, el 30 de junio de 2016 y el 4 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y sostuvo que el Decreto 1073 de 2002 prevé que los descuentos no pueden efectuarse sobre las mesadas adicionales.*

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2017 por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.

5.1. Sistema General de Seguridad Social en Salud:

*Las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud **son de naturaleza tributaria**, se consideran como contribuciones parafiscales[1]. En*

---

[1]En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional mediante Sentencia C-577 de diciembre 4 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Dice la providencia: "Una interpretación sistemática de la

este sentido cabe traer a colación la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, proferida el 3 de diciembre de 2009, en el proceso con Radicación número: 76001-23-31-000-2005-04897-01(17122); dijo:

> *"...ha sido criterio reiterado de la Corte Constitucional que del artículo 48 de la Carta Política se deriva que* ***los recursos de la seguridad social son recursos parafiscales de destinación específica****. Esa doctrina judicial la viene planteado desde el año 1997, no surge a partir de la sentencia C-1040 de 2003.*
>
> *En efecto, frente al carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y su destinación específica, en la sentencia C-1040 del 2003, la Corte reiteró la doctrina de las C-577 de 1997, SU-480 de 1997, T-569 de 1999 y C-821 de 2001. Al respecto consideró:*
>
> *"La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado.* ***Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados****. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado.* ***La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.***
>
> *"Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que* ***se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos****, por lo tanto, no entran a engrosar el Presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa,* ***como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.***
>
> *"Según las características de la catización en seguridad social,* ***se trata de una típica contribución parafiscal****, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto,* ***constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monta de la tarifa.*** *Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrasar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud".*
>
> *Enfáticamente sobre el mismo punto en la sentencia C- 821 de 2001, afirmó:*
>
> *"Los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud* ***son rentas parafiscales porque son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destinan para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la***

Carta lleva a la Corte a señalar que la cotización de seguridad social en salud es una contribución parafiscal de aquellas reguladas por lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 338 de la Carta"

> ***cobertura en la prestación del servicio de salud.*** *El diseño del Sistema General de Seguridad Social en Salud define en forma específica los destinatarios, los beneficiarios y los servicios que cubre el Plan Obligatorio de Salud,* ***todos elementos constitutivos de la renta parafiscal"*** *(...)" Resaltado fuera de texto.*

Así entonces, el régimen pensional regula el pago de la cotización en salud como parte del mismo, ***ella es una contribución parafiscal*** *definida como gravamen con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio, tal como lo dispone el artículo 2 de la Ley 225 de 1995. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional,* ***en donde su afectación a un propósito específico*** *es su característica fundamental.*

5.2. De las pensiones y el aporte parafiscal para salud.

La Ley 4ª de 1966 "por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones" señaló lo siguiente:

> ***Artículo 2º.-*** *Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma así:*
> *(...)*
> ***Parágrafo.-*** *Los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional.*

Esta disposición fue reiterada en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Luego la Ley 4 de 1976, "por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones" dispuso en su artículo 7º lo siguiente:

> *"**Los pensionados del sector público**, oficial semioficial y privado, así como los familiares que dependan económicamente de ellos de acuerdo con la ley, según lo determinen los reglamentos de las entidades obligadas* ***tendrán derecho a disfrutar de los servicios médico, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico*** *y tratamiento que las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso* ***mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre los aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios."*** *(Negrillas fuera de texto).*

Obsérvese que la norma no hizo distinción alguna, sencillamente, estableció el derecho a la seguridad social ***en salud*** *para todos los pensionados, siempre que cumplieran con el pago de aportes para* ***tales servicios.***

Como queda reseñado, la contribución parafiscal en salud vino contemplándose a cargo de todos los pensionados, desde mucho antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, por ello teniendo la parte actora la calidad de tal está obligada a efectuarla en iguales condiciones que todos los demás pensionados.

5.3. De la exclusión prevista en el artículo 279 de la ley 100 de 1993.

Prevé el artículo 279:

> *ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES.*
> *"(...)*
> *<Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE -- Sentencia C-461 de 1995-> Así mismo, se exceptúa 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****. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de* ***bonos pensionales*** *en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.*
> *(...)."(Resaltado fuera de texto).*

En la Sentencia C- 461 de 1995, la Corte al examinar el alcance del inciso antes trascrito precisó:

> *"...El establecimiento de* ***regímenes pensionales especiales****, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100,* ***que garanticen en relación con el régimen pensional****, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que* ***al permitir la vigencia de regímenes especiales,*** *se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta..."*
> *Resaltado fuera de texto.*

Así entonces, tal como lo entendió la Corte Constitucional la exclusión de que trató el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 avanzó al ***régimen pensional****, sin embargo, el Libro II reguló "EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN* ***SALUD****"*

En consecuencia, resulta razonable considerar que, con fundamento en la Ley 100 de 1993, pueden regularse aspectos relativos al sistema de seguridad social en

*salud frente a personas que se rigen por sistemas de pensiones distintos al allí previsto, norma que, en materia **contributiva** dispuso:*

> *"ARTÍCULO 202. DEFINICIÓN. **El régimen contributivo** es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación **se hace a través del pago de una cotización**, individual y familiar, **o un aporte económico** previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador." Resaltado fuera de texto.*

El original artículo 204 de la Ley 100 de 1993 previó en el inciso 1° "La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado."

*Ese inciso 1° del artículo 204 fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 con el texto siguiente: "**La cotización al Régimen Contributivo de Salud** será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12.5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Una punto cinco (1.5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de las beneficiarios del régimen subsidiado. **Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%)**, a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)."*

Esta norma fue objeto de control por la Corte Constitucional que en Sentencia C-1000 de 2007. Luego de una prolija documentación sobre los antecedentes de la norma, concluyó:

> *"...en cuanto al **deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud**, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiados, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la Constitución que el*

legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud...

(...)

Así las cosas, el incremento en 0.5% de la cotización en materia de salud, a cargo de empleadores y pensionados, lejos de configurar una vulneración al derecho a la igualdad de estos últimos, ***constituye un desarrollo del principio de solidaridad, principio fundante del sistema se seguridad social en Colombia****. En el mismo sentido se había pronunciado la Corte en sentencia C- 126 de 2000, cuando estimó lo siguiente:*

"...Es obvio que para asegurar la viabilidad financiera del sistema de salud, algún agente debe abonar esa suma, que era anteriormente cubierta por el empleador. Por ende, el Congreso decidió que ésta fuera asumida directamente por el pensionado, lo cual es un desarrollo legal posible. Es cierto que había otras alternativas, como recurrir a recursos presupuestales para financiar la seguridad social, o aumentar la cotización de los trabajadores activos. La ley hubiera podido eventualmente optar por esas regulaciones. ***Pero nada en la Carta se opone a que el Congreso establezca que es deber del pensionado cancelar ese monto de cotización,*** *que no es desproporcionado, ya que es una contribución solidaria que evita mayores impuestos, o aumentos en el nivel de cotización de los trabajadores activos." Resaltado fuera de texto.*

Finalmente, al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, se adicionó un inciso por el artículo 1o de la Ley 1250 de 2008, así: "La cotización mensual al régimen contributivo de salud ***de los pensionados*** *será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional",* ~~*la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008.*~~ *<Aparte tachado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en la Sentencia C-430 de 2009>*[2]

Así entonces, concluye la Sala que el sistema tributario de las contribuciones parafiscales en salud a la que están obligados los pensionados docentes, a pesar de que hayan sido excluidos del régimen de seguridad social en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no hizo tal excepción frente al pago de las mencionadas cotizaciones.

[2] *De esta sentencia cabe destacar que luego de reafirmar la naturaleza parafiscal de las cotizaciones para salud, como recursos que alimentan el sistema general de salud, incluido, por supuesto el del régimen subsidiado, precisó: "...3.2.7 En ese orden, encuentra la Sala que la aplicación retroactiva de una modificación favorable al contribuyente respecto de un gravamen de aplicación instantánea, necesariamente afecta situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de la ley vigente al momento de su causación y aplicación y, por esa vía, los derechos adquiridos por los beneficiarios del tributo, más aun cuando, como en el caso que nos ocupa, el tributo se encuentra destinado a la prestación de un servicio público esencial como lo es la salud. Por tal razón, podría afirmarse, como lo hizo la jurisprudencia española que la retroactividad tributaria in bonus no encuentra objeción a primera vista por razones de justicia y equidad, pero no puede ser admisible cuando de su aplicación se derive un perjuicio para el bien común."*

A juicio de esta Sala, la exclusión de los regímenes pensionales previstos en la Ley 100 de 1993 para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no avanzó a excluirlos del régimen tributario del sistema de seguridad social en ***salud.***

5.4. De la especialidad del régimen pensional y la generalidad del sistema de seguridad social en salud.

Dispuso la Ley 100 de 1993 en su artículo 152:

> *"OBJETO. La presente Ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento,* ***sus normas*** *administrativas,* ***financieras*** *y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación. (...) Resaltado fuera de texto.*

Por su parte, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable estadística, sin personería jurídica (art. 3°). El artículo 4° dispuso:

> *"**El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados** que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente ley, siempre con observancia del artículo 2° **y de los que se vinculen con posterioridad a ella.** Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **los docentes nacionales y nacionalizados** que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación (...) El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica." Resaltado fuera de texto*

En cuanto a los objetivos del Fondo, el artículo 5° numeral 2º, precisó:

> *"...Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo..."*

De esta manera, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se creó para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y de los vinculados con posterioridad a su promulgación.

5.5. Descuentos en salud en las mesadas adicionales de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8° indicó sobre los descuentos en Salud lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 8o.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:*
> ...
> *5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados." (Resaltado Fuera de Texto).*

De otra parte, el inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 previó:

> *"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES...*
>
> *...El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones..."*

Tal inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C – 369 de 2004 señalando que:

> *"...6- La interpretación del actor, según la cual, la norma acusada tendría como efecto incrementar la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, es razonable pues es compatible con el tenor literal y el sentido general del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 parcialmente acusado. Así, es cierto que el inciso primero de esa disposición señala que el régimen prestacional de los docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, lo cual parecería indicar que la disposición no se aplica a quienes se hubieran pensionado con anterioridad a la Ley del plan. **Sin embargo, una cosa es el régimen prestacional, que hace relación a los beneficios de que gozan los afiliados, y otra el régimen de cotización, que está regulado específicamente par el inciso cuarto de ese artículo, que es el acusado**, y que señala que la cotización de tados los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – **sin que la norma establezca ninguna excepción** - 'corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores'. Ahora bien, dentro de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Es pues válido entender que dichos pensionados deberán, de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003."*

Así mismo, el Acto Legislativo 1 de 2005 ratifica en su primer parágrafo transitorio que el Régimen Pensional de los docentes es el establecido por las normas

anteriores a la expedición de la Ley 812 de 2003 y el artículo 81 de la misma, dispone el citado parágrafo lo siguiente.

> *"...Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003..."*

Así entonces, a pesar de la especialidad que rige a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es aplicable en cuanto a la tasa de cotización en virtud de lo establecido por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

5.6. Descuentos por concepto de salud, direccionamiento de dineros hacia el FOSYGA.

En la Sentencia SU - 819 de 1999 la Corte Constitucional precisó:

> *"...Para cofinanciar con los entes territoriales los subsidios a los usuarios afiliados del régimen subsidiado, el Fondo de Solidaridad y Garantía contará con los siguientes recursos, los cuales por su origen y naturaleza son limitados: "a) **un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo, que será girada por cada EPS directamente a la subcuenta de solidaridad del Fondo**; b) el monto que las Cajas de Compensación Familiar destinen a los subsidios de salud; c) un aporte del presupuesto nacional (...)" (art. 221 de la ley 100 de 1993).*
>
> *Además, los recursos de la solidaridad se destinarán **a cofinanciar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables**, los cuales se transferirán a la cuenta especial que deberá establecerse en los fondos seccionales, distritales y locales para el manejo de los subsidios en salud.*
>
> *Por lo tanto, el Fondo de Solidaridad y Garantía tiene por objeto garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir entre otros, los riesgos catastróficos, así como asegurar la eficacia del Sistema, atendiendo el expreso mandato legal -artículo 218 de la Ley 100 de 1993-, las obligaciones a cargo del Fosyga son limitadas, ya que sus recursos lo son igualmente". Resaltado fuera de texto.*

La solidaridad, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa "adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros", tiene aplicación en el campo jurídico dentro de la teoría de las obligaciones, en la cual asume las conocidas formas activa y pasiva, y también en materia de responsabilidad. Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber

*-impuesto **a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social-** consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas.*

En voces de la Corte Constitucional la solidaridad en el sistema de salud se concreta así:

> *"...La seguridad social es **esencialmente solidaridad social**. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social. La seguridad social es, en la acertada definición del preámbulo de la Ley 100 de 1993, el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la persona "y la comunidad", para que, en cumplimiento de los planes y programas que el Estado y "la sociedad" desarrollen, se pueda proporcionar la "cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica", con el fin de lograr el bienestar individual y "la integración de la comunidad": La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como propósito común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad. En un sistema de seguridad social, aquellos siniestros que generan un riesgo que amenaza el mínimo vital (la falta de ingresos en la vejez o en la invalidez, el súbito desempleo, la ausencia imprevista de un generador de ingresos en el hogar, una enfermedad catastrófica no anticipada), y que no pueden ser cubiertos o atenuados a través de un simple esfuerzo individual o familiar, se atienden o cubren por la vía de la suma de muchos esfuerzos individuales, esto es, de un esfuerzo colectivo. Por supuesto que el principio solidario no es absoluto, y su aplicación debe matizarse con la de otros principios y valores, como el de sostenibilidad, el de eficiencia y el de garantía de los derechos fundamentales. De lo contrario, el sistema de seguridad social sería inoperante e inviable. Pero no cabe duda que la seguridad social sólo existe como desarrollo del principio solidario, sólo es posible gracias a él, y está concebido para hacerlo realidad.*
>
> *(....)*
>
> *El derecho a la seguridad social descansa en los principios constitucionales de solidaridad y efectividad de los derechos fundamentales, por lo tanto, el primer principio irradia todo el ordenamiento jurídico y se manifiesta en numerosas instituciones y valores constitucionales..."* [3]

[3] *Sentencia C-519 de 2010 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.*

Vistas así las cosas ***no podría considerarse válidamente que el D.R. 1703 de 2002 excluyó a los beneficiarios de la pensión jubilación del principio de solidaridad y los eximió de la contribución parafiscal en salud****; ello carecería de toda razón en la lógica del funcionamiento de Estado Social de Derecho como el que nos rige. El artículo 14 de esa norma previó:*

> *"Artículo 14. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. Para efecto de* ***evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos****, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán* ***utilizar simultáneamente*** *los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.*
>
> ***Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud.*** *Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos (negrilla fuera de texto). (...)".*

A juicio de esta Sala, en el contexto del principio de solidaridad la norma trascrita lo que pretendió, conforme a su texto, fue evitar un doble uso del servicio que presta el sistema y, por el contrario, precisó que aunque se trate de personas excluídas del ***régimen pensional general*** *ellas están obligadas a cotizar para el sistema de salud sobre sus* ***ingresos laborales y todos los adicionales****, como es el caso de los docentes para que contribuyan con ellos a los fines del Fosyga.*[4]

En conclusión entonces, aunque el demandante goce de un régimen de excepción contemplado para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe cotizar para salud sobre la mesada adicional a que tiene derecho.

A la parte actora le asiste el derecho de recibir una pensión y el deber de contribuir con el Sistema de Seguridad Social en Salud en cumplimiento del principio de solidaridad que permite la sostenibilidad del sistema, como piedra angular del Estado Social de Derecho.

---

[4] *Sobre el particular, ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse este Tribunal en sentencia de 27 de julio de 2011, expediente No 15001-31-33-009-2008-00120-01, Magistrado Ponente Doctor Jorge Eliecer Fandiño Gallo.*

Todo lo expuesto hasta acá es suficiente para confirmar la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

- ***Costas:***

Al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. En la segunda instancia no se encuentran expensas ni gastos y la parte demandada no intervino. En consecuencia, tampoco hay lugar a fijar agencias en derecho por esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. FALLA:

1. ***Se confirma*** *la sentencia de 27 de julio de 2017 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por LUCÍA SÚA DE HUERTAS contra el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

2. ***Sin costas*** *en esta instancia*

3. *En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ ASENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja,

14 DIC 2017

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JOSE ANTONIO MEDINA MARQUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES

RADICADO: 15001-33-33-011-2014-00127-01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra el fallo de fecha veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016), proferido por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió parcialmente las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor **JOSE ANTONIO MEDINA MARQUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.**

II. ANTECEDENTES

***2.1.- LA DEMANDA*:** Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **JOSE ANTONIO MEDINA MARQUEZ** solicitó declarar la existencia del acto fícto o presunto originado como consecuencia de la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación radicada el 2 de marzo de 2010 y como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita principalmente, se ordene a la entidad accionada a

reliquidar la pensión mensual de jubilación del actor, con el 75% de todos los factores salariales que devengó durante el último año de prestación de servicios- entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de octubre de 2009- por encontrarse amparado en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Como hechos de la demanda se resalta que el actor laboró En la ESE Hospital San Rafael de Tunja del 16 de julio de 1976 al 8 de abril de 1977, en la Caja nacional de Previsión Social de 9 de mayo de 1977 y el 30 de diciembre de 1993 y en la ESE Hospital Santa Ana de Muzo desde el 28 de junio de 2007 y el 31 de octubre de 2009.

Adicionalmente, señaló que solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, la cual le fue reconocida mediante resolución No. 021144 de 21 de mayo de 2009, condicionada a demostrar el retiro de servicios; que mediante resolución 53487 de 11 de noviembre de 2009, la entidad modificó la resolución inicial, en el sentido de incluir en nómina al actor a partir del 1 de noviembre de 2009 y que mediante resolución 018281 de 22 de junio de 2010, se le modificó el monto de su pensión.

Finalmente, adujo que el 2 de marzo de 2010, el actor solicitó al ISS la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por encontrarse amparado en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sin que a la fecha dicha solicitud haya sido resuelta. (fls. 5-8)

2.2. *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia dictada el veintiuno (21) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha conclusión el A quo manifestó que se encuentra probado que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en la el artículo 36 de la ley 100 de 1993, al haber nacido el 21 de agosto de 1952 y que se

encontraba acreditado que el demandante durante el año anterior al retiro del servicios había devengado los siguientes factores: Sueldo Básico, Bonificación por servicios prestados, Prima de navidad, Prima de vacaciones, Prima de Servicios; por lo que dispuso declarar la nulidad del acto demandado y ordenar la reliquidación de la pensión del actor, con fundamento en el régimen previsto en la ley 33 de 1985, es decir, con el 75% de ki devengado en el último año de servicio, con la inclusión de los factores señalados.

Al respecto aclaró el *a quo* que las vacaciones- también devengadas durante el año anterior al retiro del servicio- no constituían factor salarial y que los viáticos tampoco podían computarse, toda vez que no constituyen salario conforme a lo previsto en el artículo 130 del Código sustantivo de Trabajo y tal y como lo señaló el órgano vértice de la Jurisdicción contenciosa administrativa y que en el presente asunto el actor NO devengó viáticos en forma permanente y sólo fueron reconocidos durante algunos meses, por lo que no puede afirmarse que tuvieran el carácter de permanente.

Finalmente, dispuso la devolución de los dineros correspondientes a aportes a pensión, de los factores que se ordena incluir en la base de liquidación y declaró no probada la excepción de prescripción. (fls. 211-222).

2.3.*- EL RECURSO DE APELACIÓN:* Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el sentido de solicitar se incluya como base para la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante los viáticos que éste devengó entre el 1 de noviembre de 2008 y el 30 de octubre de 2009; esto por cuanto se cumple con el presupuesto previsto en el artículo 45 de la ley 1045 de 1978, en el entendido que el actor percibió viáticos por un término de 273 días, es decir, superior a los 180 días que estipula el precepto normativo en mención. (fls. 227-230).

2.4. *TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.*

El recurso de apelación se admitió mediante auto de 30 de agosto de 2016 (fl. 249), y por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., se ordenó por auto de 20 de septiembre de 2017, correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que, si a bien lo consideraba, emitiera su concepto. (fl. 255)

2.5. TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION.

El **apoderado de la demandante,** reiteró lo expuesto en el recurso de alzada (fl. 260-261)

Por su parte, el Ministerio público, rindió concepto indicando que si bien en el expediente reposa que entre el mes de Noviembre de 2008 y de Octubre de 2009 el demandante devengó viáticos y aparecen certificados mensualmente, lo cierto es que no puede presumirse que todo el mes que se certifica se viaticó y, por el contrario, la comparación entre los valores recibidos por viáticos y el sueldo percibido en cada uno de los meses, deja ver que los viáticos no se generaron en todo el mes, sino como lo mencionó el juez de primera instancia sólo se percibió unos días que con todo, incumbía determinarlos al demandante en ejercicio de la carga de la prueba prevista en el artículo 167 del C.G.P.

La entidad demandada guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En ésta oportunidad la Sala entrará a determinar si el demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello además de los factores salariales reconocidos en el fallo de primera instancia, los viáticos por el devengados en el último año de servicios.

3.1 MARCO JURÍDICO

- **Del régimen de transición en materia pensional conforme a la Ley 100 de 1993.**

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; norma que permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años, las mujeres mayores de 35 años o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de enero de 1994), se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Dicho régimen de transición señaló específicamente lo siguiente:

> ***"ARTICULO. 36.- Régimen de transición.*** *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.*
>
> *El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...)"*

Vale anotar que éste Régimen fue modificado por el parágrafo transitorio 4º del artículo 1° del acto legislativo 01 de 2005, en donde se dispone que el régimen de transición establecido en La ley 100 de 1993 no podrá

extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempos de servicio a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo (22 de julio de 2005); a los cuales se les mantendrá el derecho hasta el año 2014.

Según el Consejo de Estado[1], "la transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior".

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas vigentes antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, en el inciso tercero se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión. Frente a dicha contradicción la jurisprudencia[2] ha expuesto lo siguiente:

> *"**3.** El inciso 2º del artículo 36 de la mencionada ley, establece:"....."*
>
> *Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.*
>
> *Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monto." Y monto es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).*
>
> ***Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un***

[1]Consejo de Estado; Sección Segunda, sentencia proferida el 12 de mayo de 2005, Exp. No.25000-23-25-000-2000-04685-01 (2938-04).
[2]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99.

número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, ***que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.***" (negrilla y subrayado fuer a del texto)

Igualmente, la jurisprudencia[3] ha dicho que:

"... no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio".

Así entonces, de lo expuesto se colige que el monto de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación, se rige para las personas amparadas en el régimen de transición, por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al *indubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

---

[3]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

En tal sentido, el artículo 1° de Ley 33 de 1985, estableció como requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación, los siguientes:

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

Ahora, en cuanto a los factores que se tendrían en cuenta para calcular la base de liquidación de la pensión, el artículo 3° de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, estableció:

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

En torno al alcance de la lista de factores que señala la Ley 62 como base de liquidación de la pensión, la jurisprudencia no ha sido pacífica, es así como el Consejo de Estado[4] en reciente pronunciamiento ha expuesto las diferentes posiciones que hasta el momento había tenido la Corporación, así:

> *"... respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes;*

[4]Consejo de Estado, Sección Segunda, 4 de agosto de 2010, EXP. No.25000232500020060750901 (0112-2009), ACTOR: LUIS MARIO VELANDIA.-

y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma."

El recuento antes mencionado es realizado por el Órgano Vértice de la Jurisdicción Contenciosa para plantear una nueva tesis con el carácter de sentencia unificadora, en los siguientes términos:

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios[5]".

La tesis antes mencionada se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso a las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías, fundamentos que son compartidos por esta Sala de Decisión, por lo que la liquidación de las pensiones bajo el régimen que aquí se analiza se determinará tal como lo ilustró el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de la siguiente manera:

"... en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

[5] Ibidem.

> *"Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978[6]".*

Colígese de lo anterior que, todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

- **De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.**

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016, debe señalarse que sus consideraciones y efectos van dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes -como lo es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado-, son fuente de derecho, ostentan carácter vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad

[6] Ídem.

jurídica, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011[7] y C-816 de 2011[8], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[9], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
>
> *(...)*
>
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015,* ***no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa****; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una*

---

[7] *"11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.[7]* ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante***" (Negrilla fuera de texto)

[8] *"5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.* ***En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida***" (Subraya fuera de texto)

[9] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.

(...)

En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[10], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016, proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social, disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[11], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una**

[10] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 2500023420002013-01541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.
[11] Exp. 4683-13

unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema. Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso base de liquidación** como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos y finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores salariales que se ordenan incluir en la base de liquidación pensional, a los efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado, también lo es que Órgano Vértice de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala mantendrá

incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[12].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

3.2. Caso concreto.

Tomando en consideración el problema jurídico planteado, ha de indicar la Sala que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, los viáticos pueden ser tenidos en cuenta como factor salarial a efectos del reconocimiento pensional de los servidores públicos, siempre y cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio.

Ahora bien, sobre dicho factor salarial, ha precisado el Consejo de Estado[13] que no se puede desconocer que el Decreto 1045 de 1978, específicamente habló del tema y, exigió que para ser incluidos en la liquidación de la pensión, debían percibirse por un **mínimo de 180 días**, norma que si bien es anterior a las Leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, también es cierto que, si ha de tomarse la decisión de incluirse los viáticos en la liquidación pensional de quien reclama, atendiendo al criterio fijado por la Sección en la sentencia de 4 de agosto de 2010, que se refirió únicamente a **la naturaleza de los factores que deben ser incluidos**, no puede desconocerse el querer del legislador extraordinario de 1978, que impuso otra condición adicional a su naturaleza consistente en que debían ser percibidos por más de 180 días.

Precisado lo anterior y descendiendo al caso concreto, se tiene que

---

[12] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. José Luis Barceló Camacho
[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, sentencia de 24 de junio de 2015, radicado 70001233300020130002501 (4710-13)

conforme al certificado de tiempo de servicios obrante a folio 207 de las diligencias, se advierte que el demandante durante el año anterior al retiro del servicio (1 de noviembre de 2008 a 30 de octubre de 2009) devengó viáticos en los meses de noviembre y diciembre del año 2008 y de enero, febrero, marzo, abril, mayo, agosto y septiembre de 2009; no obstante de dicha documental no se puede evidenciar, como lo aduce el apoderado del apelante, que se hubiese cancelado viáticos a su favor durante los 30 días que conforman cada uno de los meses. Contrario *sensu*, al verificar lo que el actor percibió por concepto de viáticos con el salario percibido en dichos meses, se logra colegir que el factor reclamado no se devengó en todo el mes.

En ese sentido, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 167 del C.G.P. correspondía al demandante acreditar los supuestos de hecho que alega y de manera específica, el número de **días** laborados por el actor que generaron viáticos, y NO los meses en que estos se percibieron, como se vislumbra en la prueba por él indicada en su escrito de apelación y previamente estudiada, pues como quedó visto, la ley que regula dicho factor salarial impone para su reconocimiento que los mismos se hubiesen percibido por un término no menor a **180 días**; no obstante, dicho extremo procesal no acredito el supuesto de hecho que establece la norma que regula el aludido factor, de suerte que su reconocimiento no resulta procedente a efectos de la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación.

Lo anterior resulta suficiente para confirmar la sentencia recurrida.

- Por último, teniendo en cuenta que no se evidenció actuación alguna por parte de la entidad demandada en ésta instancia, aun cuando se confirmara la providencia apelada, hecho que en principio debería dar lugar a la imposición de costas a cargo del apelante, la Sala no impondrá condena en costas por cuanto no aparece que se hayan causado dado que no hubo actuación alguna de las entidades demandadas en la instancia, dándose de esta forma aplicación al numeral 8 del artículo 365 del C.G. del P., siguiendo lo ordenado por el artículo 188 del CPACA.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Tunja el día veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016), de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Sin condena en costas.

Tercero.- Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría **ENVÍESE** el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Rosa Cecilia Pinilla Pinilla
Demandado: Municipio de Tunja – Secretaría de Educación
Expediente: 15001-33-33-011-2015-00228-01

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 407 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 10 de agosto de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir** de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

DESPACHO No. 4

MAGISTRADO: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: GILBERT EDUARDO ARTEAGA AREVALO

DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, EJERCITO NACIONAL

RADICACIÓN: 150013333301120160003-01

En virtud del informe secretarial que antecede y como quiera que se encuentran ejecutoriados los auto de fecha 12 de mayo por medio de loa cuales se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, y teniendo en cuenta que el Despacho considera innecesaria la celebración de audiencia, se dispondrá la presentación de los alegatos por escrito de conformidad con lo previsto en el art. 247 del C.P.A.C.A.[1]

---

[1] ARTÍCULO 247. *TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS.* El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

2. Si el recurso fue sustentado oportunamente y reúne los demás requisitos legales, se concederá mediante auto en el que se dispondrá remitir el expediente al superior, quien decidirá de plano si no se hubiese pedido la práctica de pruebas. Si las partes pidieron pruebas, el superior decidirá si se decretan según lo previsto en este Código.

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión.

4. <Numeral modificado por del artículo 623 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente.

En consecuencia,

R E S U E L V E:

PRIMERO: ORDENAR a las partes que presenten los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia.

SEGUNDO: Vencido el término concedido para que las partes presenten sus alegatos de conclusión, córrase traslado al Ministerio público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente el respectivo concepto, si a bien lo tiene, tal como lo dispone el artículo 623 del Código General de Proceso[2], que modifica la parte final del numeral 4º del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al Despacho para dictar sentencia dentro de los veinte (20) días siguientes, conforme lo establece el Art. 247 del C.P.A.C.A. Contra el presente auto no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE.



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico
Nro. _____ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretario

[2] Artículo 623. Modifíquese la parte final del numeral 4° del artículo 247 del C.P.C.A., el cual quedará así: "Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente."

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 15 DIC 2017

ACCIONANTE:	MARIELA PINEDA MONROY
ACCIONADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
REFERENCIA:	150013333011-**2017-00008**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	LLAMAMIENTO EN GARANTÍA
ASUNTO:	RESUELVE APELACIÓN DE AUTO

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la UGPP, en contra de la providencia del 31 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó el llamamiento en garantía formulado por la entidad accionada contra el Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación, dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA (fls. 2-4)

La señora **MARIELA PINEDA MONROY**, a través de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, a fin de que se declare la **i)** nulidad parcial de la Resolución No. RDP 057708 del 20 de diciembre de 2013, por medio de la cual le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación; la **ii)** nulidad de la Resolución No. RDP 002472 del 27 de enero de 2014, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto contra el primer acto, confirmándolo en todas sus partes; y la **iii)** nulidad parcial de la Resolución No. RDP 002927 del 30 de enero de 2014, mediante la cual la UGPP resolvió un recurso de apelación interpuesto contra el primer acto administrativo, revocándolo parcialmente.

Que como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se condene a la entidad demandada a reliquidar la pensión de la accionante en cuantía del 75% del promedio de salarios devengados en el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus de pensionada, con la totalidad de los factores salariales.

La demanda fue admitida por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante auto de 7 de abril de 2017, obrante a folio 62 del expediente.

2. DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA (fls. 1-8 C2)

Dentro del término legal, la entidad demandada - UGPP, por intermedio de su apoderada judicial, debidamente constituida para el efecto, presentó contestación a la demanda (fls. 110-130) y solicitud de llamamiento en garantía al Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación, argumentando que teniendo en cuenta que el reconocimiento de la pensión, se realizó con base en los descuentos hechos por el empleador, los factores que solicita la parte demandante no fueron objeto de descuentos, de acuerdo a los certificados aportados, razón por la considera que se debe vincular al empleador.

Fundamentó su petición en el artículo 225 del CPACA y los artículos 64 y 66 del C.G.P. Consideró que la entidad empleadora tiene la obligación de pagar los aportes para pensión de todos sus trabajadores, por lo que la UGPP, solo se encarga de reconocer las pensiones conforme a lo determinado por las leyes y las cotizaciones hechas por el empleador, y que en el caso concreto, solo realizó aportes sobre los factores ya reconocidos, dejando de lado los emolumentos solicitados por el accionante.

3. DEL AUTO APELADO (fls. 10-12 C2)

El Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante auto del 31 de agosto de 2017, resolvió negar el llamamiento en garantía impetrado por la entidad demandada, indicando para ello que no se cumplió con uno de los requisitos establecidos en el CPACA para su procedencia, como es que el derecho que se reclama del llamado en garantía, no es el mismo respecto del cual se planteó la *litis*, toda vez que la pretensión principal de la presente acción se circunscribe a la reliquidación y pago de la pensión de jubilación de la demandante a partir de la fecha de adquisición del estatus pensional, mientras que la UGPP reclama del llamado en garantía el pago de unos aportes correspondientes a los factores salariales que no fueron objeto de cotización dentro del IBL pensional.

Indicó que dicha postura ha sido sostenida por el Consejo de Estado en varias oportunidades, y por tanto, ha sido reiterada por esta Corporación, más aun teniendo en cuenta que para satisfacer la pretensión de la UGPP respecto del empleador, se encuentran previstos en el ordenamiento los procedimientos de cobro (Ley 100 de 1993 – art. 23: sanción moratoria respecto de los aportes que no se consignen a tiempo, y art. 24: Acciones de cobro por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador).

En ese sentido, señaló que la demandada no puede pretender a través de la figura del llamamiento en garantía en un proceso de reliquidación pensional, acceder al pago de lo dejado de recibir por concepto de aportes para

pensión, pues aceptar dicha solicitud, desdibujaría el objeto de la litis y de la figura procesal en mención.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (fls. 16-23 C2)

Inconforme con la decisión, la apoderada de la UGPP, interpuso recurso de apelación, en el cual citó el artículo 172 del CPACA, los artículos 64 y 65 del Código General del Proceso y precisó lo siguiente:

Es al empleador a quien le corresponde realizar los aportes a la UGPP, razón por la existe un vínculo entre el llamante y el llamado.

Señaló que la UGPP solo reconoce prestaciones a los trabajadores con base en los aportes realizados por el empleador, por lo que considera que éste debe ser vinculado, en tanto que sus actos son fundamentales para la expedición de actos administrativos por cuanto es éste quien hace los aportes, y con base en ellos la entidad reconoció la pensión a la demandante y advirtió que si aportara en debida forma, no habría problema con la expedición de resoluciones de reconocimiento pensional.

Citó el auto de 16 de noviembre de 2016, proferido por el Consejo de Estado, mediante el cual se revocó el auto de 30 de septiembre de 2014 proferido por esta Corporación; posición que fue adoptada por este Tribunal en auto proferido el 12 de mayo de 2017, en el proceso con radicación número 2016-00670-00. Finalmente dijo:

> *"Con todo, solicito igualmente se tenga como pruebas las allegadas por (el) o (la) demandante y las obrantes en el expediente en especial las certificaciones expedidas por el empleador de tiempo de servicios prestados y factores salariales que denotan el vínculo entre el empleador y demandante, mismas que se encuentran en el proceso y que sumariamente denotan la base sobre la cual se ha podido eventualmente realizar los diferentes aportes con destino al sistema y en la medida que dicha obligación se reitera le corresponde al empleador"* (fl. 22 C2).

II. CONSIDERACIONES

1. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

En los términos del artículo 226 del CPACA, el auto que acepta la intervención de terceros en primera instancia, es apelable en el efecto devolutivo; razón por la cual resulta procedente la interposición del mismo contra la providencia de 31 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, la cual fue notificada por Estado electrónico No. 55, el día 1° de septiembre de la misma anualidad, siendo interpuesta la apelación por la apoderada de la UGPP el 5 de septiembre de 2017, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que negó el llamamiento, por lo que se entiende interpuesto en término.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso de autos, la controversia se concreta a establecer si la solicitud de llamamiento en garantía cumple o no, con los requisitos formales y procedimentales para que se pueda vincular por esta vía al Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación, en la presente acción.

3. FONDO DEL ASUNTO

El artículo 225 del CPACA, consagra la figura del llamamiento en garantía en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero*** *la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel,* ***para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.***
>
> *El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.*
>
> *El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:*
>
> *1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*
>
> *2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*
>
> *3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.*
>
> *4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.*
>
> *El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen* (Negrita fuera de texto).

Esta figura procesal se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual que vincula a la parte dentro de un proceso determinado (llamante) y a una persona ajena al mismo (llamado), permitiéndole al primero traer a éste como tercero, para que intervenga dentro de la causa, con el propósito de exigirle que concurra frente a la indemnización del perjuicio que eventualmente puede llegar a quedar a cargo del llamante a causa de la sentencia. Se trata pues de una relación de carácter sustancial que ata al tercero con la parte principal, en virtud de la cual aquél debe responder por la obligación que surja en el marco de una eventual condena en contra del llamante[1].

---

[1] *Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 13 de abril de 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 53701*

De otro lado, respecto de los requisitos de procedencia del llamado, el artículo citado anteriormente, consagra los siguientes: *i)* mencionar la identificación del llamado, *ii)* la información de domicilio y de notificación tanto del convocante como del citado, y *iii)* los hechos en que se fundamenta el llamamiento[2].

En el *sub judice*, la demandante busca, entre otros asuntos, la reliquidación de la pensión que le ha sido reconocida. Por su parte, la UGPP, quien integra la parte demandada, a través del llamamiento en garantía busca citar al proceso al Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación, que según el dicho del convocante, debe ser llamado en el presente proceso por cuanto le corresponde realizar los aportes como empleador a la UGPP, razón por la que considera que existe un vínculo entre el llamante y el llamado.

Valga señalar que si bien el artículo 212 del CPACA, definió las oportunidades probatorias, limitándolas a la demanda y su contestación, la reforma de la misma y su respuesta, la demanda de reconvención y su contestación, las excepciones y la oposición a las mismas, y los incidentes y su respuesta, no sería posible que el Juez apreciara las pruebas del nexo que da derecho al demandado para llamar en garantía a un tercero si las mismas no son aportadas junto con el escrito del llamamiento, puesto que el trámite propio de éste no establece una etapa probatoria para ello, sino que exige al Juez un pronunciamiento directo sobre su aceptación o no, por lo que en principio, no podría admitirse el llamamiento solicitado sin el cumplimiento de los requisitos.

No obstante lo anterior, en un caso de similares contornos al aquí estudiado, el H. Consejo de Estado en providencia de 25 de abril de 2011, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, señaló:

> *" (...) En el sub lite, se observa que la parte demandada llamó en garantía a la Campañía Aseguradara Liberty Seguras S.A. damiciliada en la ciudad de Neiva, con quien la Cooperativa ASSER suscribió una póliza que ampara el paga de prestaciones saciales y salarios en cuantía del 30% del valar del cantrata de prestación de servicios entre esta última y la E.S.E. Tulia Durán de Borrero, con el fin de sobrellevar la carga, en el eventa en que la sentencia que se profiera dentro del procesa resulte condenatoria.*
>
> *Tal cama lo establece la norma prescrita, el llamamienta en garantía está rodeado de unas requisitos formales necesarias para su admisión. No abstante, se abserva que dentro del escrito de llamamiento allegado no se incluyó el nombre del Representante Legal de la Compañía, de la que podría inferirse como lo señaló el Tribunal, que la solicitud no reúne los requerimientas prescritos en el artículo 55 del C.P.C.*
>
> *Sin embarga, cansidera el Despacha que en casos camo el presente, debe dársele prevalencia al derecho fundamental de acceso a la administración de*

[2] *Según dicha artícula: "(...) [e]l escrita de llamamienta deberá cantener las siguientes requisitos: 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede camparecer par sí al proceso. 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito. 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen. 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones persanales".*

justicia, en virtud del artículo 228 de la Carta; pues si bien, no se precisa el nombre del Representante Legal de la Compañía Aseguradora, lo cierto es, que se trata de una empresa reconocida a nivel nacional, y de la que podría establecerse fácilmente su representación legal.

(...) ***En virtud de ello, estima el Despacho que negar el llamamiento en garantía por ausencia del requisito formal mencionado, implica un rigorismo que le truncaría a la Entidad demandada, hacer uso de la póliza suscrita precisamente para coadyuvar al hospital en eventos como éste. Por tanto, se considera que bien el Tribunal Administrativo del Huila en lugar de denegar la petición, puede conceder a la parte demandada, un término para que subsane el escrito con el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 55 del C.P.C.***

Analizado lo expuesto, y en aras de darle prioridad al derecho sustancial y de garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, este Despacho revocará el auto apelado, y en su lugar, deberá el Tribunal Administrativo del Huila concederle a la parte demandada un término improrrogable de cinco (5) días, para que subsane los defectos formales de su solicitud, so pena de ser rechazada." (Negrita fuera de texto).

- ***Del precedente en materia jurisprudencial respecto del llamamiento en garantía***

El precedente ha sido definido como el **conjunto** de decisiones judiciales con fuerza de cosa juzgada, que contienen reglas jurisprudenciales **aplicables al caso a resolver por su similitud con los problemas jurídicos planteados;** en este sentido, deben ser observados por quienes administran justicia con el objeto de garantizar el derecho a la igualdad y los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

Así mismo, la Corte Constitucional ha manifestado en la sentencia C-836 de 2001 que:

"...La fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, ***unificando la jurisprudencia*** *ordinaria nacional; (2)* ***del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social*** *y;* ***(3)*** *del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole aduar contra sus propios actos. (...)*

Si se aceptara la plena autonomía de los jueces para interpretar y aplicar la ley a partir -únicamente- de su entendimiento individual del texto, se estaría reduciendo la garantía de la igualdad ante la ley a una mera igualdad formal, ignorando del todo que la Constitución consagra -además- las garantías de la igualdad de trato y protección por parte de todas las autoridades del Estado, incluidos los jueces. *Por el contrario, una interpretación de la autonomía judicial que resulte armónica con la igualdad frente a la ley y con la igualdad de trato por parte de las autoridades, la concibe como una prerrogativa constitucional que les permite a los jueces realizar la igualdad material mediante la ponderación de un amplio espectro de elementos tanto facticos como jurídicos... "* (Negrita del Despacho).

Por tanto, los precedentes son esencialmente de dos clases: Verticales y horizontales, los primeros, son **criterios reiterados** que ha fijado la jurisprudencia

de orden nacional a cargo de la Corporación de cierre en las distintas jurisdicciones, su característica es entonces, en palabras de la Corte Constitucional: *"la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia"*, para nuestro caso, **la que fije el Consejo de Estado en las materias de su competencia.**

En efecto, si un alto Tribunal ha orientado y ofrecido un sentido al texto de la ley en una situación determinada que le permita realizar su función normativa[3], tal interpretación del ordenamiento jurídico debe posibilitar la aplicación de ese mismo criterio **tantas veces como la situación particular se presente similar,** materializando el principio de igualdad ante la ley, de modo, que así como es general el referente normativo, así mismo general y vinculante debe ser la interpretación, construcción y ponderación de principios que den sentido a las instituciones jurídicas por los jueces llamados a aplicarlas.

La Corte Constitucional, ha establecido criterios orientadores para que los administradores de justicia se aparten de las decisiones que han adoptado o que han proferido sus superiores. En Sentencia SU-053 de 12 de febrero de 2015, con ponencia de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, se expuso:

> *"18. Ahora bien, esta Corporación fijó los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente. Así la sentencia **T-292 de 2006**[4], estableció que deben verificarse los siguientes criterios: i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una **regla jurisprudencial** aplicable al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un **problema jurídico semejante** al propuesto en el nuevo caso y iii) que los **hechos del caso sean equiparables** a los resueltos anteriormente.*
>
> *De **no comprobarse** la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un **conjunto de sentencias anteriores** constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo.*
>
> *19. De otro modo, los funcionarios judiciales cuando encuentran cumplidos los tres criterios mencionados, tienen la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia en vigor, siempre y cuando i) hagan referencia al precedente que van a inaplicar y ii) ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta de las razones de porque se apartan de la regla jurisprudencial previa. Así se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de que gozan los jueces.*
>
> *En esa medida, sólo citando el juez se aísla de un precedente establecido y es plenamente aplicable a determinada situación, sin cumplir con la carga*

[3] *C-836 de 2001.*
[4] *Reiterada en muchas oportunidades. Cfr., T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-1033 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo y T-285 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt, entre otras. Cfr., T-082 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt, T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-634 de 2011, M. P. Luis Ernesto Cargas Silva. En esta última, dicho en otras palabras se explica: "La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales.*

argumentativa antes descrita, incurre en la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referente al desconocimiento del precedente judicial. Debido a que, con ese actuar, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas que acudieron a la administración de justicia." (Subrayado fuera de texto original).

4. CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, la UGPP, como entidad llamante, solicitó tener como pruebas las allegadas por la demandante y las obrantes en el expediente, en especial las certificaciones expedidas por el empleador del tiempo de servicio prestado y factores salariales, los cuales denotan el vínculo entre el empleador y la accionante; dentro del expediente obra certificación laboral, que demuestra que la señora MARIELA PINEDA MONROY laboró en la entidad llamada en garantía desde 30 de marzo de 1973 hasta el 17 de abril de 2014.

Para el caso en estudio, conforme a los actos demandados, Resoluciones No. RDP 057708 del 20 de diciembre de 2013, No. RDP 002472 del 27 de enero de 2014 y No. RDP 002927 del 30 de enero de 2014, la demandada negó la reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su estatus de pensionada.

Así, no cabe duda que era deber del Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación, efectuar a la demandante los descuentos de cotizaciones obligatorias para pensión en los plazos legales y consignarlos a favor de la UGPP. Se encuentra entonces estructurada la relación entre la ahora demandada UGPP, y la otrora empleadora, Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación.

Sin embargo, cuando la **ex empleada** demanda la inclusión de algún factor en la liquidación de la pensión, como en este caso, tal relación procesal se traba entre el empleado y la administradora de pensiones, sin que en su definición intervenga el empleador; por ello, la jurisprudencia ha precisado que cuando por decisión judicial se incluyan en la pensión factores sobre los cuales no se ha efectuado aportes, ellos se descontarán de los valores que se reconozcan al demandante[5], sin orden alguna al empleador, pues tal relación, se reitera, entre la entidad administradora de pensiones y el empleador, no es la que se define en un proceso como el que ahora ocupa la atención.

Para resolver el anterior extremo, es decir, la **relación entre empleador y la administradora de pensiones,** la ley ha previsto mecanismos distintos. En efecto, dispone la Ley 100:

> ***"ARTICULO. 23.-Sanción moratoria.*** *Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las*

[5] *CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUB SECCIÓN "A", Consejero ponente Doctor LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, sentencia de 22 de noviembre de 2012.*

cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.

Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la seguridad social, se ordena realizar la liquidación de la pensión, debiendo existir identidad entre unos y otros y si, en casos como en presente, ***no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del Sistema Pensional.*** *En las anteriores condiciones, se ordenará adicionar en tal sentido la providencia recurrida... como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente.*

ARTICULO. 24.-Acciones de cobro. *Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo. "* (Subrayado fuera de texto).

Así entonces, si lo que plantea la entidad llamante es que la llamada dejó de efectuar descuentos o cotizaciones para pensión a los que estaba obligada y, en consecuencia, debe ser condenada a su pago en este proceso, es claro que la obligación no emergería de la ley que se invoca y el proceso para su recuperación, si es del caso, sería la vía ejecutiva y no el restablecimiento del derecho.

Ahora bien, la apoderada de la UGPP, citó el auto proferido por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 16 de noviembre de 2016, en el proceso con radicación número 15001-2333-000-2014-00276-01, con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, por medio de la cual se revocó la decisión que negó, en un caso similar, el llamamiento en garantía con fundamento en que dicha figura procede solamente con "*la afirmación que haga una de las partes sobre la existencia de un derecho de naturaleza legal o contractual que permita reclamar a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial de la condena que llegase a imponer*", y más adelante sostuvo:

> ***"En este orden de ideas,*** *para presentar la solicitud de llamamiento en garantía con la nueva regulación legal,* ***no es necesario el acompañamiento de la prueba sumaria sobre la existencia del derecho*** *pues, la norma solo hace referencia a que la simple afirmación de tener un derecho legal o contractual es suficiente para pedir que se llame en garantía a un tercero, por lo anterior, el debate probatorio también estará circunscrito a la demostración del derecho que se pretende."* (Resaltado fuera de texto).

Del análisis que se trae en la providencia citada, se advierte que la **razón de la decisión** radicó en establecer si el llamamiento en garantía **requiere o no prueba sumaria** sobre la existencia del derecho, concluyendo que basta la afirmación del llamante.

En este caso, **no es el aspecto probatorio** lo que lleva a considerar que no procede el llamamiento en garantía sino razones diferentes, consistentes en que el debate que plantea esta demanda solo permite **definir el derecho o no al reconocimiento pensional que se demanda y no el deber de pago de aportes pensionales por parte de la llamada en garantía.**

Ahora, de forma puntual, respecto a la posibilidad de llamar en garantía a los empleadores en casos en los que se debate el reconocimiento o reliquidación del derecho pensional, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve, en providencia del 5 de febrero de 2015[6], señaló lo siguiente:

> *"El llamamiento en garantía procede cuando entre el llamado y el llamante existe una relación de garantía de orden real o personal, de la que surge la obligación, a cargo de aquel, se resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso.*
>
> ***En este orden de ideas, considera el Despacho que en el sub judice**, como lo señaló el Tribunal, no hay responsabilidad por parte del Departamento de Boyacá- Secretaría de Educación de Boyacá frente a la obligación de reconocer la pensión de sobrevivientes y reliquidar la pensión reclamada, toda vez que no existe entre llamado y llamante una relación de garantía que le imponga a aquél el deber de responder por las obligaciones a cargo de CAJANAL EICE en liquidación, hoy UGPP.*
>
> ***Sumado a lo expuesto, se aclara que CAJANAL EICE en liquidación fue quien emitió los actos administrativos aquí acusados, de tal forma que de llegarse a ordenar en la sentencia del proceso el pago de lo pretendido, deberá responder por lo que se le reconozca y adeuda a la demandante.***
>
> *Todo lo anterior, sin perjuicio de que CAJANAL EICE en liquidación, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, pueda ordenar los descuentos por concepto de aportes en seguridad social en pensiones no efectuados durante el tiempo en que el causante, señor Hernán Alarcón Avella, prestó sus servicios al Departamento de Boyacá- Secretaría de Educación de Boyacá."* (Resaltado fuera de texto).

Criterio que fue reiterado por la misma Subsección "B" en auto proferido el 8 de febrero de 2016, en el proceso con radicación 15001-23-33-000-2013-00620-01, con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve y por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado C.P. Doctor William Hernández Gómez en auto proferido el 1° de agosto de 2016 dentro del expediente con Radicación número: 15001-23-33-000-2013- 00785-01(4054-14) en el que actuó como demandada la misma entidad que ahora propone el llamamiento, UGPP, ***al confirmar*** el auto que el 18 de julio de 2014 fuera proferido por este Tribunal[7], señalando lo siguiente:

> *"...Con base en los argumentos expuestos en los acápites anteriores, es preciso señalar que la UGPP es **quien tiene la obligación de realizar en debida forma la liquidación de la pensión**, su reconocimiento y el pago de las sumas derivados de las liquidaciones pensiónales que efectúe.*

---

[6] *Radicación número: 150012333000201200120-01(2355-13).*
[7] *Radicación número: 15001-23-33- 000-2013-00785-01.*

Por otra parte, la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia -UPTC- como empleadora, tiene la obligación de realizar el pago de los aportes respectivos, *sin que por ello se pueda señalar que existe un vínculo legal para llamarla en garantía para responder por las consecuencias del fallo que se pueda dictar en este proceso en contra de la UGPP, si se ordena la reliquidación de la pensión de su afiliado.*

Lo anterior, sin perjuicio de que esta última pueda iniciar los medios de control a que haya lugar cuando verifique que existe incumplimiento de las obligaciones del empleador, pues de conformidad con la normativa señalada, la liquidación en la cual se determine el valor adeudado por el empleador presta mérito ejecutivo, sin que esta situación deba ser resuelta en el presente proceso, toda vez que lo que se discute es la aplicación del régimen de transición por parte de la entidad demandada y no el incumplimiento de la obligación de aportes patronales al régimen pensional.

Conclusión: No es procedente el Humado en garantía formulado por la UGPP a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia -UPTC- para responder por ¡os sumas de dinero que se podrían ocasionar en caso que se presentara una sentencia judicial desfavorable, *ya que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de la pensión y del pago de las sumas derivadas de la liquidación recae en la UGPP, sin que exista norma que determine que esta eventual obligación debe ser asumida por aquella o deba responderle a la UGPP por la condena en su contra... "*

Línea de pensamiento que de forma más amplia se encuentra explicada en el auto proferido el 7 de abril de 2016 por la Sección Segunda, Subsección "A" en el que se dijo:

"...Sin embargo, con el nuevo estatuto procesal de lo contencioso administrativo este requisito no es exigible, tal como se observa del contenido del artículo 225 del CPACA[8] [9], que trajo regulación específica al respecto y por tanto, basta la simple mención y sustento de ese vínculo legal o contractual para que se satisfaga el requisito que apareja la nueva regulación procesal.

Lo anterior no es óbice, para que el funcionario judicial desde la misma decisión sobre la petición, ***pueda negar dicha posibilidad con el fin de evitar un desgaste innecesario*** *de la administración de justicia y propender por la maximización de los principios de economía y celeridad procesal, en caso de constatar que el llamamiento es totalmente infundado o* ***no se encuentra conexión alguna que ligue la responsabilidad del llamado con el objeto del proceso.***

---

[8] *En este mismo sentido pueden consultarse del Consejo de Estado los procesos radicados: 68001-23-33-000-2013-00435-011720-14: 76001-23-33-000-2012-00625-01 0918-14; 76001-23 33-000-2012-00215-01, entre muchos otros.*

[9] *Artículo 225. Llamamiento en Garantía. Quien afirme tener* ***derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia,*** *podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:
1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.
2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.

Ello, en la medida en que efectivamente tales principios que se verían afectados al aceptar cualquier tipo de vinculación que se le ocurra a una de las partes del proceso, respecto de un sujeto totalmente ajeno al objeto y responsabilidad deprecada de la controversia inicial.

Sin embargo, se reitera, ese análisis no puede conllevar la exigencia de la acreditación siquiera sumaria de la relación legal o contractual que origina el llamamiento, como sucedía con base en la legislación derogada.

*De otra parte, frente a la existencia de la obligación legal de indemnización o de acudir al llamamiento, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que esta se refiere a la **existencia de una norma** que determine que en un momento dado, un tercero ajeno a la **relación procesal trabada en el asunto de que se trate**, deba entrar a **responder por los actos o hechos que son objeto de cuestionamiento en el mismo;** es decir, que debe existir una **norma que imponga la obligación a cargo de éste,** de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso" (Resaltado fuera de texto)*

Sobre el particular, en auto de fecha 18 de julio de 2017, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Radicado No. 15238-3333-002-2016-00246-01, se realizó el mismo análisis frente a la procedencia del llamamiento en garantía y señaló que:

*"Entonces, como lo ha señalado la jurisprudencia y así lo comparte este Despacho, para efectuar el llamamiento en garantía **no es necesaria prueba de la relación**, pero otro es el análisis que corresponde al juez para admitir el llamamiento en garantía cuando se trata de establecer si **existe norma que exija al llamado responder por las pretensiones de la demanda** y, en este caso, no queda duda que la llamada en garantía **no es la obligada a responder por el pago de la pensión demandada**, otro será el análisis si se trata de discutir su deber de cancelar al sistema los aportes de seguridad social; mucho menos procedente es el llamamiento cuando la entidad llamada **no ha** participado en la expedición de los actos administrativos que se demandan en este proceso."*

Aspecto en el que insiste la jurisprudencia cuando el juzgador examina la petición de llamamiento en garantía como se advierte en el auto que adelante se cita dictado en proceso en el cual se debatió una reliquidación pensional, señalando que:

"...La Universidad del Valle considera que la Nación- Ministerio de Justicia y el Derecho- Rama Judicial- Consejo Superior de la Judicatura- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, debe ser llamada en garantía dentro del proceso de la referencia.

Lo anterior, en razón a que los actos demandados se expidieron en cumplimiento de la sentencia de 11 de diciembre de 2009 dictada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cali, en la que se declaró la nulidad de la Resolución No. 433 de 17 de febrero de 2006 y la Resolución No. 1301 de 26 de mayo de 2006 y se determinó que el actor tiene derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, además del fallo de 8 de noviembre de 2010 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que confirmó en todas sus partes la providencia anterior.

Entonces, no se trata de la carencia o no de prueba de la relación, sino de un examen que se proyecta a la decisión sustancial que en el proceso se ha pedido al juzgador, es decir, si el proceso gira en torno al derecho pensional en cuyo reconocimiento el empleador no ha intervenido, entonces éste último no debe

de ser llamado en garantía al proceso, por cuanto ninguna obligación puede predicársele en cuanto se refiere a las posibles resultas de prosperidad de las pretensiones pensiónales. Entonces, el criterio expuesto en el auto citado por la recurrente, no resulta ser obstáculo para mantener la línea que ha sostenido de tiempo atrás este Tribunal puesto que la ratio decidendi de la providencia proferida por el superior funcional, no sólo se comparte por esta instancia sino que, además, no se ocupó de abordar de manera distinta el criterio sostenido por el Consejo de Estado en el sentido que acaba de estudiarse, es decir, la necesidad de examinar el contexto legal que sirve de sustento al llamamiento.

Además, recuérdese que el Consejo de Estado, de forma pacífica, ha reiterado que el derecho que ostente el empleado no puede verse afectado por falta de descuento en los aportes. Ha sostenido de tiempo atrás y de forma constante que "...también se encuentra que la Administración, con la cual labora el servidor público, en ocasiones no hace los descuentos de los "aportes" que debiera hacer por conducto de sus Tesorerías o dependencias pagadoras; esta falla de la Administración perjudica a las Entidades Prestacionales porque las priva de recursos y le crea problemas futuros al empleado cuando va a reclamar sus prestaciones sociales. Pero, nótese que esta situación no es imputable al servidor público por lo que, ***en principio, no le pueden ser deducidas consecuencias adversas por conductas ajenas, aunque no lo eximan de cumplir sus obligaciones en su debido momento...*** *" Las pensiones se reconocen atendiendo los parámetros de ley y no las gestiones administrativas de las entidades, de manera que involucrar en este caso una discusión que atina a la obtención del pago de aportes a seguridad social, es desviar el objeto del proceso e incluir un debate ajeno al acá demandante."*

Por otra parte, si bien este Despacho profirió el auto del 12 de mayo de 2017 en el expediente con Radicación No. 15001-2333-000-2016-0670-00, invocado por la recurrente, en el cual se siguieron las pautas del Consejo de Estado en el auto 16 de noviembre de 2016, y se accedió al llamamiento en garantía del empleador, lo cierto es que dicha decisión se apartó de la línea jurisprudencial que ha venido siendo uniforme y reiterada en el criterio de este Tribunal, en concordancia con el del Consejo de Estado, que es improcedente el llamamiento en garantía de las entidades para las cuales ha laborado quien demanda ante la entidad de seguridad social el reconocimiento pensional, dado que el tema en debate no es el pago de aportes por las entidades empleadoras, ni estas tienen deber alguno de responder por el derecho pensional en sí mismo; razón de más por la que este Despacho rectifica la decisión allí asumida, y de conformidad con el criterio ya decantado concluye que, resulta improcedente el llamamiento en garantía del Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación, pues el fundamento fáctico y jurídico en el que se apoya la solicitud no permite establecer para **este proceso, relación procesal entre la llamante y el llamado, ni a éste último podrían extenderse los efectos de la sentencia que debe dictarse para desatar la controversia;** en efecto, en manera alguna se le podría condenar, si es el caso, al pago de reajustes pensionales a favor de la demandante y no corresponde a este proceso definir si la entidad cumplió con el deber de efectuar los descuentos por cotizaciones obligatorias pues, aunque exista una relación entre los aportes y la pensión, ésta se liquida sobre los factores salariales que la ley precisa para ello y no sobre los aportes que, dicho sea, corresponden a los de toda la vida laboral del empleado y no sólo a los del período que se toma en cuenta para el reconocimiento.

Las razones anteriores llevan al Despacho a confirmar el auto que negó el llamamiento en garantía, por las razones expuestas en esta providencia.

- ***De las costas procesales***

Con base en lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas a la parte recurrente en razón a que aquello sólo procede tratándose de la sentencia de primera o segunda instancia.

En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 31 de agosto de 2017 por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante el cual se negó el llamamiento en garantía formulado por la entidad accionada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: **Sin costas** en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Despacho de origen, para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE
NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N °____De Hoy _____
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Transportadora de Cementos S.AS.***
Demandado: Ministerio de Transporte – Superintendencia de Puertos y Transporte
Expediente: 15001 3333 012 ***2015 00133*** *01*

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 551 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 7 de septiembre de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir*** *de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

DEMANDANTE:	LILIA ESTHER SOLER DE ALBA
DEMANDADO:	LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
REFERENCIA:	15001-33-33-012-**2016-00080-**01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de primera instancia proferida el siete (07) de abril de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

La señora LILIA ESTHER SOLER DE ALBA, a través de apoderado judicial, instauró medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el objeto de que se hagan las siguientes:

1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 8-9)

Que se declare la nulidad de la **Resolución No. 00822 de 02 de marzo de 2016**, mediante la cual la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONPREMAG, niega la revisión de la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora, solicitud que fuere radicada el día 07 de octubre de 2015.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que **i)** se condene a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación de la actora, teniendo como base la liquidación el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, se conformidad y en concordancia con lo establecido por la Ley 71/88, Decreto 1160/89, Decreto 3752/03, efectiva a partir de la fecha de retiro definitivo del sector oficial; **ii)** que se condene a la demandada a reconocerle y pagarle a la actora, las diferencias de las mesadas generadas por la reliquidación de la pensión de jubilación, debidamente indexadas desde la fecha en que acreditó el retiro definitivo, hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor que por esta acción se llegare a conocer; **iii)** se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar sobre las sumas adeudadas al actor, los ajustes del valor de dichas sumas, conforme al IP, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA; **iv)** que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento de conformidad con lo previsto en los artículos 189 y 192 del CPACA y **v)** se condene en costas a la demandada.

1.1.2. Fundamentos Fácticos (fls. 9-10)

La apoderada de la demandante, indicó en resumen los siguientes hechos:

Adujo que la demandada, a través de la Resolución No. 00230 de 21 de octubre de 1992, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a favor de la actora, por cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio.

Comentó que la entidad demandada, mediante la Resolución No. 1123 de 22 de septiembre de 2011, realizó la reliquidación de la pensión de jubilación, sin incluir todos los factores salariales.

Que en virtud a ello, mediante petición radicada a la entidad el día 07 de octubre de 2015, se solicitó que se revisara el monto de la Reliquidación de la pensión de jubilación reconocida, teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales y anexando a la solicitud, la totalidad de los documentos que se consideran necesarios para efectuar dicho reconocimiento. Agregó que FONPREMAG, por medio del Acto Administrativo Resolución No. 00822 del 02 de marzo de 2016, la resolvió en forma negativa.

Luego de hacer un recuento sobre la normatividad aplicable, concluyó que debe tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales percibidos por la actora durante el último año de servicio, para proceder a la reliquidación de la pensión de la actora y en cuantía del 75%.

1.1.3. Normas Violadas y concepto de violación (fls. 5-7)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Artículos 1, 2, 13,48, 53, 58 de la Carta Política.

Legales: Ley 71 de 1988 artículo 9, Ley 4 de 1966 y la Ley 33 de 1985.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 86-92)

El apoderado judicial de la entidad demandada NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que los actos administrativos demandados fueron proferidos en derecho.

Luego de realizar un análisis sobre la descentralización del sector educativo y sobre la naturaleza jurídica del contrato de fiducia mercantil, realizó un recuento del marco legal de la liquidación de la pensión de jubilación, donde adujo que, en razón a que la accionante se vinculó como docente, de conformidad con el inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, esto es, los docentes que se vincularan a partir del 1° de enero de 1990, le era aplicable el régimen establecido en los Decretos **3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978,** pues eran los preceptos normativos que regulaban las prestaciones económicas y sociales para los empleados públicos del orden nacional.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, precisó que la interpretación que señalaba que no eran taxativos los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985, cuyo fundamento se sustentaba en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010, resultaba incorrecta, pues al momento de proferirse, no existía procedimiento ni valor respectivo, razón por la cual se podía concluir que la interpretación correcta en materia de factores de liquidación pensional era la taxatividad, de conformidad con las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: *i) vinculación del litis consorte, ii) falta de legitimidad por pasiva iii) prescripción, y ii) genérica.*

1.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el 07 de abril de 2017, resolvió (fls. 109-112):

> *"**PRIMERO. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones denominadas FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA Y GENÉRICA, propuestas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO.** Declarar probada parcialmente la excepción de **PRESCRIPCIÓN,** propuesta por la parte demandada, de las mesadas generadas con antelación al 7 de octubre de 2012, de conformidad con la parte motiva de la presente acción.*
>
> ***TERCERO. DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 000822 de 2 de marzo de 2016,** a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, por intermedio de la Secretaria de Educación de Boyacá, negó la solicitud de ajuste a la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO. CONDENAR** a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la pensión de jubilación de la Señora Lilia Esther Soler de Alba, a partir del 17 de abril de 2006, pero con efectos fiscales a partir del 07 de octubre de 2012, aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 6 de 1945, la Ley 4 de 1966, el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978, es decir, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio, esto es, entre el 18 de abril de 2005 al 17 de abril de 2006, los cuales se encuentran debidamente certificados, esto es, que la referida pensión se deberá reliquidar incluyendo además de los factores tenidos en cuenta en la asignación básica, la prima de alimentación, la prima de población, la prima de vacaciones, también la prima de navidad, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO. CONDENAR** a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a título de restablecimiento del derecho, a pagar a la señora LILIA ESTHER SOLER DE Alba, el valor de la diferencia en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el 17 de abril de 2006, con efectos fiscales a partir del 7 de octubre de 2012, cifras que serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo, aplicando para ello la formula mencionada en la parte motiva de la presente decisión.*
> ***(...)"***

Para adoptar dicha determinación, la juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

De otro lado, manifestó que la demandante, se encuentra excluida de los beneficios de la Ley 33 de 1985, toda vez que, se enmarca dentro de los presupuestos exigidos para exceptuarse, puesto que, concluyó del plenario que para la entrada en vigencia de la mencionada Ley, la Señora Lilia Esther Soler de Alba, tenía un tiempo de servicios superior a los quince

años que determina la norma, toda vez, que la docente laboró desde el 18 de febrero de 1964, por lo que, para el año de 1985, ya habían transcurrido, más de 20 años de servicios, quedando excluida de la aplicación, de esta Ley.

Dijo además que al estar inmersa la demandante, en el régimen de transición frente a la cual se realizó la reliquidación de la pensión de la demandante, por intermedio del acto demandado, encontró que la **prima de navidad** fue percibida durante el último año de servicios de la demandante. **En tal sentido, señaló que el factor salarial denominado prima de navidad, hace parte de los enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.**

Agregó que encontró demostrado que para la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, esto es, el 13 de febrero de 1985, la señora Lilia Esther Soler de Alba contaba con más de 20 años de servicio, y que en consecuencia, en materia de pensión de vejez, le es aplicable el régimen contenido en las Leyes 6 de 1945 y 4 de 1966 y el Decreto 3135 de 1968, donde se establecen como requisito para adquirir el derecho, cumplir 50 años y contar con un tiempo de servicio de 20 años continuos o discontinuos, los que cumplió desde el 16 de abril de 1991.

Aclaró que en el presente caso, a la demandante, se le debió reliquidar su pensión de jubilación no solo con la asignación básica, la prima de alimentación, la prima de población, la prima de vacaciones, sino también con la prima de navidad, toda vez que la demandante los devengó de forma habitual y periódicamente en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio, como se evidencia en los certificados de salarios.

Al respecto, consideró que el acto administrativo demandado está viciado de nulidad, por vulnerar la Carta Política, al desconocer los principios de igualdad y las disposiciones contenidas en el régimen aplicable al caso.

1.3. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

- **Parte demandada- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fls. 115- 119)**

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionada, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente:

Indicó que existe una excepción en relación con los empleados oficiales que a la fecha de entrada de la Ley 33 de 1985, hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a los cuales, se continuaría aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la vigencia de dicha norma.

Adujo que conforme al Decreto 2831 de 2005, las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia del trámite de las prestaciones económicas para los docentes ya que expiden, reciben, radican, suscriben el acto administrativo de reconocimiento previa aprobación de la fiduciaria.

Agregó que para ser beneficiario de la excepción y en consecuencia quedar sujeto a la Ley 33 de 198, era necesario a esa fecha tener cumplidos los 15 años de servicio y de otra parte la excepción solo comprendía lo relacionado con la edad de jubilación, razón por la cual concluyó que lo relacionado con los factores salariales no queda comprendió dentro de tal excepción.

Agregó que la actora no cumplía con los requisitos del régimen de transición para que le fueran aplicables normas del régimen pensional, razón por la que, concluyó que las **primas de navidad y vacacional reclamadas en la demanda**, no se encuentran en el listado taxativo del régimen de la Ley 33 como factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, y en tal sentido, resaltó, no podían ser incluidas en la liquidación de la actora.

Finalmente reiteró, que FONPREMAG no es quien expidió el acto administrativo acusado, puesto que, este contiene la manifestación de la voluntad de la Secretaría de Educación Territorial. Por cuanto, solicitó, no excluirla del presente proceso.

De otro lado, solicitó se declare la prescripción de los derechos económicos reclamados que superen los 3 años desde que se hizo exigible la obligación, hasta que se radicó la demanda.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en Audiencia de Conciliación Posterior al Fallo, llevada a cabo el 08 de junio de 2017, por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fls. 126-221), y admitido por esta Corporación mediante proveído de 29 de junio de 2017 (fl. 132). A través de auto de 13 de julio de 2017, se prescindió de la audiencia de que trata

el inciso 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 136).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandante (fls. 138-140)

La apoderada de la accionante allegó escrito de alegatos de conclusión en la que reiteró los argumentos del escrito de demanda, en el sentido de que la demandante tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados habitual y periódicamente como retribución directa de sus servicios, durante el último año de prestación de sus servicios, sin tener en cuenta que el valor o concepto haya sido o no calificado como factor salarial, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto dicha normativa preceptúa que la base de liquidación corresponde al promedio de lo devengado.

2.1.2. Parte demandada – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

El apoderado de la entidad accionada guardó silencio

3. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO (fls. 141-143)

El Agente del Ministerio público, emitió Concepto, en el cual realizó un análisis sobre el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, donde concluyó que esta prevé un régimen de transición para los empleados oficiales que para el 13 de febrero de 1985 contaran con más de 15 años de servicios, a los cuales se aplicaría la normatividad anterior. Agregó que para el caso en concreto, la actora contaba con más de 21 años de servicio al Estado, es decir, que la demandante se encontraba inmersa en el régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

Así mismo, concluyó que conforme a la normatividad aplicable al caso en concreto, el factor salarial denominado **prima de navidad**, hace parte de los enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable al caso *sub examine* y que teniendo en cuenta que la demandante la devengó de forma habitual y periódica en el año inmediatamente anterior, debía incluírsele en la liquidación.

En razón a lo antes expuesto, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. CONTROL DE LEGALIDAD

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 7 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

2. MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para el efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la parte demandante, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

> ***"Artículo 320. Fines de la apelación.***
> *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida,* ***únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante,*** *para que el superior revoque o reforme la decisión.*
> *(...)"*

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que adoptada en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de

congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que *"las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'"*[1].

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia. Sin embargo, como en el *sub examine* tanto la parte demandada como la parte actora presentaron sus recursos de apelación, tal prohibición se levanta y el Superior puede adentrarse en el estudio del asunto de manera plena.

3. CUESTIÓN PREVIA. LEGITIMIDAD DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, alega en su alzada que el acto administrativo demandado no fue expedido por dicha entidad, sino por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, y por lo tanto, no es la llamada a responder en esta contienda.

Al respecto, considera esta Sala que la argumentación expuesta ha sido zanjada de tiempo atrás, habida cuenta que el régimen de aplicación para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los afilados al FOMAG así como la jurisprudencia que sirve de base en este aspecto, ha sido clara respecto a que la gestión o trámite debe ser coordinado por diferentes autoridades públicas, y contrario a lo manifestado por el ente ministerial, la competencia está debidamente delimitada para cada una de ellas, sin despojar la responsabilidad que le recae a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (artículo 9 de la Ley 91 de 1989).

Debe tenerse en cuenta que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Salud y Pensiones y se dictaron otras disposiciones, exceptúa de su aplicación

[1] *Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.*

unos regímenes especiales de seguridad social entre los cuales se encuentra el de los afiliados al **Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, entidad que se creó con la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, **sin personería jurídica**, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, esto es, de los docentes.
El artículo 3 de la citada norma, señala lo siguiente:

> *"**Artículo 3.** Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **como una cuenta especial de la Nación**, con independencia patrimonial, contable y estadística, **sin personería jurídica**, cuyos recursos serán manejados por una **entidad fiduciaria estatal o de economía mixta**, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, **el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil**, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.*
>
> *El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad."* (Negrita fuera de texto).

A su vez, el artículo 9 *ibídem*, dispone que *"Las prestaciones sociales que **pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales**."*(Negrita y subrayado de la Sala).

Mediante el Decreto 1775 de 1990, expedido por el Presidente de la República, se reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló que las solicitudes de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas de los docentes, debían ser radicadas ante la Oficina de Prestaciones Sociales del respectivo Fondo Regional de Educación, el cual procedería a realizar el estudio de la documentación previo visto bueno de la entidad fiduciaria para luego expedir la correspondiente resolución de reconocimiento.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 962 de 2005, *"por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos"*, la cual en su artículo 56, dispuso:

> *"**Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo,** mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de*

> *quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por* ***el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente****, a la que se encuentre vinculado el docente.* ***El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.***" (Destaca el Tribunal).

A su vez, el procedimiento para el efecto fue reglamentado por el Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005 y luego, modificado por el Decreto 1075 de 2015, así entonces, la entidad sujeta a la obligación de reconocer **y pagar es el ente ministerial y lo hace mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administra el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente**, es decir, que recae para ellas, una función tripartita.

Ha sido constante la jurisprudencia en manifestar que **el reconocimiento** de las prestaciones sociales de los docentes está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, **siendo efectuado por delegación del mismo ministerio en las entidades territoriales** y **se pagarán** por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, quien no goza de personería jurídica, a través de la administradora de sus recursos (fiduciaria).[2]

También se ha dicho por la máxima Corporación que si bien, la finalidad del legislador al expedir Ley 962 de 2005 fue la de simplificar los trámites ante la administración por parte de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación económica, nunca fue su objetivo despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Nación – Ministerio de Educación Nacional) de su obligación de reconocimiento y pago de dichas prestaciones, máxime teniendo en cuenta que su artículo 56 es claro al reafirmar tal competencia en cabeza del referido fondo.[3]

En conclusión, los emolumentos prestacionales de los docentes, deben de ser reconocidos y pagados por la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y quien se encuentra legitimado en la causa por pasiva, en últimas, porque ha sido el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, quien le atribuyó la función de reconocer y pagar dichas prestaciones[4], por lo que no se puede desvincular al Ministerio de Educación Nacional, comoquiera que ejerce la representación legal del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, entidad que carece de personería jurídica y en

---

[2] *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON, octubre veinte (20) de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00622-01(1674-13).*
[3] *ibidem*
[4] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 63001233300020140014301 (41872015), Nov. 18/16. Consejera Ponente: Sandra Lisett Ibarra.*

el mismo sentido los recursos del Ministerio de Educación son manejados por una entidad fiduciaria, quien sería la administradora de los recursos pertenecientes a dicha cuenta especial.

4. EL PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, corresponde a la Sala establecer *¿si es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora LILIA ESTHER SOLER DE ALBA, con inclusión de la totalidad de los factores devengados en el año de adquisición del status pensional.?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

- **Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

> *La Sala confirmará la sentencia impugnada, en tanto accedió a las pretensiones de la demanda, pues, conforme las pruebas obrantes en el expediente se demostró que la actora se vinculó como Docente al servicio público de la educación con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 y la cobija el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, que por principio de inescindibilidad, se le debe aplicar el Decreto 1045 de 1978 para los efectos de los factores salariales que le sirven de base para la liquidación de sus mesadas pensionales.*

4.1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

a. Del régimen jurídico aplicable para el reconocimiento de pensión jubilación de los docentes.

En cuanto al régimen de los docentes, el Decreto-Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3°, establecía que los docentes que prestaban sus servicios a entidades de orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal eran empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales. Con estas prerrogativas se mantuvieron en la Leyes 91 de 1989, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 115 de la Ley 115 de 1994.

No obstante, en materia de pensión de jubilación se encuentran sometidos a las disposiciones generales, pues no se ha establecido un régimen especial que, en razón a la actividad docente, les permita acceder a esta

prestación en condiciones especiales. Así lo ha entendido el Consejo de Estado quien en sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; señaló:

> *"En materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.*

Bajo este entendido y con el propósito de dilucidar uno de los aspectos en cuestión, no puede perderse de vista, lo estatuido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, cuyo texto señala:

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

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó, entre otros, los "...*artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones...*" La Ley 1151 de 2007 derogó el artículo 3° de la norma.

El Consejo de Estado, en concepto emitido el 10 de septiembre de 2009 por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00084-00(1857), concluyó que las previsiones de la Ley 812 de 2003 se aplican únicamente a los docentes vinculados con posterioridad a su expedición y que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes de esta ley se rige por normas anteriores, específicamente señaló:

> *"3.*
>
> *¿Cuál es el régimen pensional de los maestros vinculados al servicio*

público educativo antes del 27 de junio de 2003, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, cuál el de los vinculados entre esta fecha y el 31 de julio de 2010, y cuál el de aquellos que lo hagan con posterioridad al 31 de julio de 2010?"

En la actualidad hay dos situaciones:

- *La de los docentes oficiales* ***vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es la establecida en las disposiciones legales vigentes hasta esa fecha, sin que termine el 31 de Julio de 2010.***

- *La de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres, sin que termine el 31 de Julio de 2010." Resaltado fuera de texto.*

En este orden de ideas, lo que hizo la Ley 812 de 2003 fue incluir a los docentes en el régimen de la Ley 100 de 1993 de la cual fueron excluidos por mandato del artículo 279, **pero ello en relación, se reitera, con quienes se vincularon con posterioridad a su expedición.**

En este orden de ideas, no le asiste razón a la entidad demandada al insistir que en el caso de autos, le es aplicable a la docente lo preceptuado en los artículos 81 de la Ley 812 de 2003, teniendo en cuenta que la actora se vinculó el 29 de julio de 1964 como docente (fl. 21), por lo que se enfatiza que el querer del legislador con las citadas normas, fue el de incluir a los docentes en el régimen de la Ley 100 de 1993; empero, aplicable a aquellos que se vincularon con posterioridad a su expedición, lo que fue precisado por el concepto ya citado, al señalar:

"El ajuste de las pensiones causadas y liquidadas durante la vigencia del decreto 3752 de 2003, con la fórmula en él establecida, sólo es viable para los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 812 de 2003, con el fin de incluir todos los factores de liquidación contemplados en las normas a ellos aplicables, que se encontraban rigiendo al momento en que entró en vigencia dicha ley, (...)"[5]

b. Del Régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985.

El sistema pensional anterior a la Ley 100 de 1993 es el contenido en la Ley 33 de 1985, normatividad que modificó el régimen pensional vigente contenido en el Decreto Ley 3135 de 1968, aplicable al sector público sin distinción. De conformidad con el sistema de la Ley 33, el servidor público tenía derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación cuando

[5] Ibíd. 3

hubiere servido por **20 años continuos o discontinuos y tuviere 55 años de edad.**

Es importante recalcar que la Ley 33 de 1985 también estableció un régimen de transición, dirigido a dos grupos de servidores: ***i.*** a quienes pertenecieran a un régimen especial y ***ii.*** a quienes no teniendo un régimen especial, hubieran laborado **por más de 15 años a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985**. En efecto, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 señala:

> *"Artículo 1°.-* ***El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.***
>
> *No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*
> ...
>
> ***Parágrafo 2°.*** *Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años contínuos o discontínuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.*
>
> *Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.* ***Ver Artículo7 y s.s Ley 71 de 1988***
>
> *...". (negrilla fuera de texto)*

Bajo el precepto normativo, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 -13 de febrero de 1985-, la demandante contaba con **veintiún años de servicio (fl. 20)**, es decir, **era beneficiaria del régimen de transición establecido en su parágrafo 2° del artículo 1°.**

Al respecto, en importante reseñar que el Consejo de Estado[6], sobre el régimen de transición, se ha referido a los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la siguiente manera:

> *"...Respecto a la interpretación que debe darse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se han establecido diversas tesis cada una de ellas encaminadas a privilegiar el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral.*
>
> *Se ha determinado que en virtud del mandato constitucional de la condición más beneficiosa para el trabajador es posible aplicar la hipótesis relativa a determinar el ingreso base de liquidación tomando el tiempo que hiciere falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo, según fuere el caso. En torno a esta tesis se ha indicado lo siguiente[7]:*
>
> ***"En efecto, en diversos pronunciamientos ha expresado la Sala que el sistema de transición es un beneficio que la ley consagra, consistente en que la pensión de quien cumpla los presupuestos en ella previstos, se regule en forma diferente a la regla general que ella contempla.***
> ***(...)***
> ***Así mismo se ha expresado que en aras de la efectividad de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa para su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Sobre el particular, ha dicho:***
>
> *De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.*
> ***De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. (...).".***

---

[6] Consejo de Estado en sentencia de 03 de marzo de 2011, con ponencia del Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila

[7] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, sentencia de 3 de agosto de 2006, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-09539-01(4788-05), Actor: Álvaro Gómez Castro.*

La Subsección A, de la Sección Segunda de esta Corporación, mediante sentencia de 18 de febrero de 2010, expresó[8]*:*

"No obstante, en sede judicial, la disyuntiva creada con la desafortunada redacción de dicho artículo ha permitido en casos particulares la aplicación de la liquidación pensional contenida en el inciso 3° pero ***únicamente en función del principio de favorabilidad****, de manera que la situación de contradicción se resuelva siempre en beneficio del pensionado según el caso, pues de conformidad con este principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera entonces en casos como éste, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones.*[9]

Si bien la aplicación de la favorabilidad implica la adopción integral de la norma escogida por virtud del principio de inescindibilidad de la Ley que le es inherente, debe anotarse que el régimen de transición se constituye en la excepción a dicha regla hermenéutica, pues la redacción misma del precepto legal habilita la aplicación simultánea de los dos ordenamientos (el amparado por el régimen de transición y en cuanto a la liquidación del derecho el contenido en el inciso 3°), y en éste caso la conclusión obligada es la escindibilidad de la norma en función de la favorabilidad.". (El resaltado es del texto).

En el caso concreto, el a quo ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante aplicando en su integridad el Decreto 1653 de 1977, decisión que se encuentra ajustada al ordenamiento legal y constitucional vigente, pues, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se invoca el régimen de transición con el objetivo de aplicar la normatividad vigente que ampara la situación pensional del beneficiario se ha indicado que ello comprende los aspectos de edad y tiempo de servicio necesarios para acceder al derecho pensional, al igual que el monto y base de liquidación del mismo, pues, en principio, debe acudirse a la normatividad especial en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo ha solicitado en el trámite del proceso[10]*.*

Entonces, como uno de los aspectos regulados por el Decreto 1653 de 1977 es el referente a que el período base de liquidación pensional corresponde al del último año de servicios, era válido ordenar a la

---

[8] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 18 de febrero de 2010, Radicación No.: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08), Actora: Teresa Robles.*

[9] *C-168 de 1995. Corte Constitucional.*

[10] *Al respecto ver la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.*

> *entidad accionada tener en cuenta dicho lapso y, por lo tanto, no pueden despacharse favorablemente los argumentos esbozados en el recurso de alzada para revocar la decisión de primera instancia."*

Más concretamente, sobre el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, mediante sentencia de 23 de febrero de 2012, expediente No. 1143-08, Actora: Luz Mariela Pacheco de Briñez, precisó:

> *"En casos como el presente, es decir, el de aquellos empleados que están cobijados por el régimen anterior de acuerdo con lo señalado en la transición señalada en la Ley 33 de 1985,* ***la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que si bien esta disposición no señaló nada en cuanto al monto de la liquidación, lo procedente, en atención no sólo al principio de favorabilidad sino también al de inescindibilidad de la Ley, es aplicar el régimen anterior*** *en cuanto a este aspecto también, pues una actuación en contrario, desconoce el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho" Negrilla propia*

En ese orden de ideas, las personas que se encontraban en cualquiera de los supuestos fácticos de transición que estableció la Ley 33 de 1985, **tienen derecho a que su pensión de jubilación se reconozca integralmente bajo los parámetros que la regulaban antes de la entrada en vigencia de esa ley**, teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios y monto de la pensión; pues si se altera alguno de esos presupuestos se atentaría contra los beneficios que ofrece el régimen de transición.

Ahora, el requisito de la edad conforme lo dispone la **Ley 6 de 1945**, solo tiene trascendencia en algunos casos para solicitar la pensión, ya que cuando el trabajador cumple el requisito de tiempo de servicios o las semanas cotizadas adquiere el derecho a su pensión, sin perjuicio de la exigibilidad del mismo, condiciones que no pueden ser desconocidas por el legislador. Al respecto el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia proferida el 20 de octubre de 2005, señaló:

> *"Se habla entonces de un derecho adquirido cuando se completa el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios requeridos, que debe ser protegido por el legislador, ya que como es sabido, a éste, por mandato constitucional, se le impone respetar todos los derechos, garantías y beneficios adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores.* ***Por ello, la previsión que consagra el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 debe entenderse extensiva no sólo a la edad, sino a las demás disposiciones sobre monto y factores contenidas en las normas anteriores, pues son las normas anteriores a su vigencia las que gobiernan al empleado oficial que habiendo servido al Estado el tiempo requerido no había cumplido la edad cronológica para exigir la prestación como ocurre en el caso que se***

***examina. De allí que quien hubiere cotizado o trabajado el tiempo requerido para adquirir el derecho a la pensión, tiene el Estado que respetarle, como mínima garantía, la totalidad del régimen vigente al momento de completar el tiempo de servicios o las semanas cotizadas**, como ya lo dijo la Sala en la sentencia del 13 de marzo de 2003. Exp: 4526-01.*

*Acertada resulta entonces la conclusión a la que llegó el Tribunal, pues ciertamente **el beneficio que trae el régimen de transición debe ser aplicado íntegramente al reconocer el tiempo de servicios y los factores de liquidación anteriores a la vigencia de la ley**. Se mantendrá, por ello, la sentencia del a quo que ordenó la liquidación de la pensión con base en los factores salariales contemplados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978." Negrilla y subrayado fuera de texto*

La misma postura, su expuesta en sentencia del 26 de febrero de 2009, con ponencia del Consejero Doctor Gustado Eduardo Gómez Aranguren, cuando se precisó:

*"En el presente caso, para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, el señor Carlos Augusto Monroy Rincón tenía **más de 15 años de servicio**, en tanto inició sus labores el 20 de agosto de 1959, tal como consta en la resolución de reconocimiento visible a folio 2 del expediente, lo que implica su incursión en el régimen de transición previsto en el parágrafo 2° ibídem, **que habilita en cuanto a la edad el régimen anterior**.*

***A pesar de que la Ley 33 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior**, porque resulta más favorable al demandante, de no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho".*

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia C-168/95, señaló:

*"La 'condición más beneficiosa' para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. **De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (Ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador**. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias*

interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador" (Negrillas fuera de texto).

Además, no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales.

Por lo expuesto, se aplicará en este caso ***el régimen anterior a la Ley 33 de 1985 en su integridad.****". Negrilla de la Sala*

Así las cosas, la pensión para la personas que les cobija el régimen de transición previsto en la Ley 33 de 195, **debe liquidarse** atendiendo el tiempo de servicios y los factores previstos en el **artículo 45 del Decreto 1045 de 1978**, es decir: asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; auxilios de alimentación y transporte; prima de navidad; bonificación por servicios prestados, prima de servicios; viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto - Ley 710 de 1978; prima de vacaciones; valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

Vale la pena aclarar sobre la enumeración taxativa por parte de la Ley, que tal como lo manifestó el *a quo*, que el Consejo de Estado, por vía jurisprudencial a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia de VÍCTOR HERNANDO ALVARADO, Exp. No. 25000232500020060750901 (0112-2009), ha precisado que los factores enlistados son únicamente a título enunciativo, por cuanto deben incluirse los que habitual y periódicamente recibe un trabajador. Así lo señaló la máxima Corporación:

"(...)
De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión de la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente

enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. (...)
Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los ***factores que constituyen salario,*** *es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de trasporte y alimentación, bonificación por servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a titulo ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.*

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación- esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-iite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación. (...)" (Resaltado ahora por la Sala).

Atendiendo tal postura jurisprudencial, se advierte que dentro del quantum pensional, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, como quiera que son devengados periódicamente por el trabajador en razón a la prestación del servicio y no constituyen sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador.

Sea esta la oportunidad para que la Sala se rectifique se la postura adoptada en la sentencia emitida el 27 de junio de 2017, radicado 2014-215-01.

c. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub-examine*, se advierte que la accionante pretende la nulidad de la Resolución No. 00822 del 02 de marzo de 2016, expedida por la demandada, mediante la cual se niega la revisión de la reliquidación de su pensión de jubilación.

Del material probatorio allegado al expediente se pudo establecer que la señora Lilia Esther Soler de Alba, laboró como docente de forma continua e ininterrumpida desde el 29 de julio de 1964, y que nació el 16 de abril de 1941, así mismo, que mediante Resolución No. 0230 del 21 de octubre de 1992, le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación por adquirir su status pensional el 17 de abril de 1991, teniendo como base de liquidación únicamente, la asignación básica (fl. 20).

Conforme a lo anterior, la demandante es beneficiaria del régimen establecido en la Ley 33 de 1985, pues al momento de entrar a regir la actora tenía 44 años de edad, y **21 años de servicio docente.**

La docente se retiró del servicio definitivo el 16 de abril de 2006, por lo que solicitó la reliquidación pensional con los factores devengados en el último año de servicios (fl. 47). Además, que mediante Resolución No. 1123 de 22 de septiembre de 2006 se reconoció y ordenó el pago de la reliquidación pensional, teniendo en cuenta que el año base de liquidación es el comprendido, entre el 17 de abril de 2005 al 16 de abril de 2006, y como factores salariales a tener en cuenta: la asignación básica, la prima de alimentación, prima de población y prima de vacaciones para la liquidación prestacional (fl. 21-22).

Así las cosas, advierte la Sala que de conformidad con el certificado de salarios y devengados expedido por Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (fl. 32), durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio, la demandante devengó los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de alimentación, prima de población y prima de navidad. Sin embargo, se excluyó de la base pensional el factor de prima de navidad** (fl. 13 y 27).

Así las cosas, se evidencia que dentro del reconocimiento efectuado por la Entidad demandada, no se incluyó la totalidad de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, pues se omitió la inclusión de **la prima de navidad,** razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia, en la medida que ordenó su inclusión en la reliquidación pensional de la actora.

- **CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sobre las costas en esta instancia, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, dispone que "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien* ***se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación****, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto*".

Conforme al artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. De ahí que para determinar estas últimas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, que fija para los procesos ordinarios que se adelanten ante la jurisdicción contenciosa en segunda instancia "*Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.*"

En relación al criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que, a pesar de ser objetivo, se le califica de "*objetivo-valorativo*"[11] porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 CGP.

En lo que respecta a las costas y agencias en derecho en la segunda instancia, se advierte que en el trámite aquí surtido se generaron, atendiendo que la parte actora presentó alegatos de conclusión y, por lo tanto, se condenará a la parte vencida al pago de las mismas en un porcentaje del 1% de las pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el referido Acuerdo No. 1887 de 2013. Las costas serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

[11] CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el siete (07) de abril de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte vencida en esta instancia, en un 1% de las pretensiones, esto es, en lo correspondiente a dos (2) Salarios Mínimos Diarios Legales Vigentes, a favor de la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2013, del Consejo Superior de la Judicatura, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
DESPACHO No. 4
MAGISTRADO: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja,

14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL: EJECUTIVO
DEMANDANTE: ZOILA ROSA GONZALEZ DE BARRETO
DEMANDADO: UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
RADICACIÓN: 15001333301320150016 5

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda respecto a la admisión del recurso de apelación interpuesto por las apoderadas judiciales de la parte ejecutante y ejecutada, en contra la sentencia[1] proferida el 7 de mayo de 2017 por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se declaró no probada la excepción de pago y se ordenó seguir adelante con la ejecución (fl. 204).

Por reunir los requisitos de procedencia y oportunidad previstos en los artículos 321[2] y 322 del CGP[3], aplicables a los procesos ejecutivos que se adelantan en esta jurisdicción en razón a la remisión contenida en el artículo 306 del C.P.A.C.A., el Despacho No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

R E S U E L V E:

---

[1] "ARTÍCULO 443. TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES. El trámite de excepciones se sujetará a las siguientes reglas: (...)
4. Si las excepciones no prosperan o prosperan parcialmente, **en la sentencia se ordenará seguir adelante la ejecución en la forma que corresponda.** " (Negrilla fuera de texto).

[2] **"ARTÍCULO 321. PROCEDENCIA.** Son apelables las sentencias de primera **instancia** salvo las que se dicten en equidad. (...) "

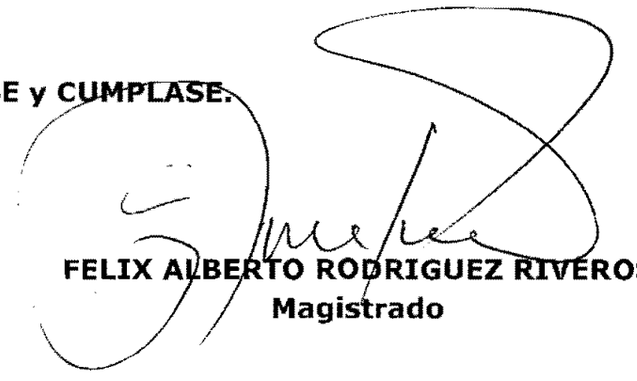
[3] "ARTÍCULO 322. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

1. El recurso de apelación contra cualquier providencia **que se emita en el curso de una audiencia** o diligencia, **deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada.** El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos. (...) " (Negrilla fuera de texto)

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto la parte ejecutante y ejecutada, contra la sentencia proferida el 7 de mayo de 2017 por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se declaró se declaró no probada la excepción de pago y se ordenó seguir adelante con la ejecución.

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente la presente providencia al Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, de conformidad con lo previsto en el numeral 3º del Art. 198 del C.P.A.C.A.[4]

NOTIFIQUESE y CUMPLASE.



FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

[4] **ARTÍCULO 198.** ***PROCEDENCIA DE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL.*** Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. Al Ministerio Público el auto admisorio de la demanda, salvo que intervenga como demandante. Igualmente, se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado.
4. Las demás para las cuales este Código ordene expresamente la notificación personal.

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE:	**PUBLIO GRACIANO SAAVEDRA CORREDOR**
DEMANDADO:	**UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP**
RADICACIÓN No:	**150013333014201300271O2**

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada contra el fallo proferido el 7 de abril de 2016 por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor **PUBLIO GRACIANO SAAVEDRA CORREDOR** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP.**

II. ANTECEDENTES

***2.1.- LA DEMANDA*:** por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **PUBLIO GRACIANO SAAVEDRA CORREDOR,** solicitó que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 021610 del 14 de mayo de 2013 y RDP 031927 del 15 de julio de 2013, expedidas por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP, a través de las cuales, se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación y se confirmó tal determinación al resolverse el recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordenara a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, reliquidar y pagar su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, la que se haría efectiva a partir del 1º de enero de 2003 fecha de retiro del servicio; entre otras declaraciones y condenas.

Como fundamento de sus pretensiones el actor indicó que por haber cumplido los requisitos legales, la extinta CAJANAL le concedió una pensión de jubilación mediante la resolución No. 4348 del 20 de abril de 1999.

Agregó que la Entidad demandada mediante las resoluciones Nos. 5627 del 4 de marzo de 2004 y UGM 17189 del 17 de noviembre de 2011 reliquidó su mesada pensional.

Indicó que mediante apoderado solicitó a la Entidad demandada que reliquidara su pensión de jubilación con el promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, pues era beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993; no obstante la demandada negó tal pedimento y lo confirmó mediante los actos administrativos demandados (fl. 2-14).

2.2.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia proferida el 7 de abril de 2016 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, el Juez A quo manifestó que se encontraba probado que el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto en artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto para el 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia dicha disposición, contaba con más de 40 años de edad, por lo que concluyó que le era aplicable la Ley 33 de 1985, no sólo para efectos del tiempo de servicios y edad, sino para determinar el valor de su pensión.

De acuerdo con lo anterior, y con base en la Sentencia de Unificación de 04 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado bajo el Radicado interno No. 0112-09, el Juez de instancia dispuso que el demandante tenía derecho a que se le liquidara su pensión de jubilación tomando como base todos los factores que constituían salario y que devengó en el año anterior a su retiro del servicio, que lo fue del 1º de enero al 30 de diciembre de 2002 es decir, con la asignación básica, gastos de representación, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios y prima de servicios. De la base de liquidación pensional excluyó las vacaciones y el *incentivo 2001,* el primero por no remunerar el servicio y el segundo porque no se probó que el mismo hubiese sido devengado por el demandante de manera habitual y periódica.

Finalmente, dispuso que la UGPP debería descontar de los factores salariales cuya inclusión se ordenaba, los aportes correspondientes con destino a salud y pensión, siempre y cuando sobre estos no se haya efectuado deducción legal (fls. 243-259).

2.3.- *EL RECURSO DE APELACIÓN*. Inconforme con la decisión de primera instancia, **la apoderada de la entidad demandada** la impugnó oportunamente indicando que por reunir el actor los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es beneficiario del régimen de transición, y por tanto, es viable reconocer su pensión de jubilación teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto establecido en el régimen anterior, esto es, el contenido en la Ley 33 de 1985, y que como el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es claro en establecer que las demás condiciones se rigen por lo estipulado en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, los factores sobre los cuales ha de liquidarse la pensión corresponden a los mencionados por la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, como lo es el Decreto 1158 de 1994 modificado por el Decreto 691 de 1994, sin que en los mismos estén enunciados los pretendidos por el demandante por lo que no se pueden incluir en el IBL.

De otra parte, aseguró que la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 29 de abril de 2015, dejó establecido que para los

cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sus liquidaciones pensionales se debían realizar con la edad, el tiempo de servicios y el monto establecido en el régimen anterior, sin que pudiera considerarse que el ingreso base de liquidación se calculara de la misma forma porque éste no fue un aspecto sometido a transición.

Finalmente solicitó que se revocara la decisión de condenar en costas a la demandada, pues indicó que durante el trámite procesal no mostró una actitud dilatoria o temeraria y además porque prosperaron parcialmente las pretensiones del demandante, en la medida que en la base pensional no fueron incluidos las vacaciones y el incentivo 2001 (fl. 494-512).

2.4.- ALEGATOS DE CONCLUSION. En el término concedido para el efecto, la apoderada de la Entidad demandada presentó escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fl. 347-361).

Por su parte, la Agencia del Ministerio Público solicitó se confirmara la sentencia recurrida, esto es, acceder a la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, dado que con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente atendiendo a la obligatoriedad en las reglas jurisprudenciales de esa Corporación y a que en los actos demandados no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante en el último año de prestación de servicios (fl. 362-376).

III. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

En esta oportunidad la Sala entrará a determinar si el demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios prestados, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación tomando en cuenta sólo los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1995 y sobre los cuales se realizó aportes a pensión, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **(i)** Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado; **(ii)** De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010; **(iii)** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones; y **(iv)** Caso Concreto y condena en costas.

3.1. De los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36[1] de la Ley 100 de 1993, norma que permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años de edad y de las mujeres con más de 35 años de edad, o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), **se rigieran por el régimen anterior** en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe

---

[1] ***ARTICULO. 36.- Régimen de transición.*** *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

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

determinarse según lo previsto en las normas anteriores a la vigencia de la citada Ley 100, en el inciso 3º se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión.

Frente a dicha contradicción, la jurisprudencia de Consejo de Estado[2] ha precisado que "*no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y* ***monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación****), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio".* (Resaltado fuera del texto).

Así entonces, de lo expuesto se colige que el **monto** de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación, se rige, para las personas amparadas por el régimen de transición, por las normas anteriores a la

---

[2]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99, en los siguientes términos:

"(...) cuando la Ley empleó la palabra "monto", no fue para ***que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100***.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, ***que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.***" (Negrilla y subrayado fuer a del texto)

Ley 100 de 1993, en aplicación del principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En efecto, el régimen pensional anterior al establecido en la Ley 100 de 1993 resulta ser el previsto en la ley 33 de 1985, aplicable a los trabajadores del sector oficial, el cual en su artículo 1º consagra como regla general que tendrá derecho al reconocimiento y pago mensual de una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, el empleado que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años.

Por su parte, el artículo 3° de la ley 33, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, estableció que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante, el órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa en sentencia unificadora[3] proferida el 4 de agosto de 2010, adoptó la postura – aún vigente- en virtud de la cual, **la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**; tesis que se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una

[3] Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 25000-2325-000-2006-07509-01 (0112-2009), C.P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO.

limitante al acceso de las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías.

Acatando la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de unificación, resulta válido afirmar que todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

3.2 De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016 debe señalarse que sus consideraciones y efectos van dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes, -como lo es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado- son fuente de derecho, ostentan carácter vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad jurídica, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634

de 2011[4] y C-816 de 2011[5], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[6], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
>
> *(...)*
>
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015,* ***no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa****; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte*

---

[4] *"11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.* ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante****"* (Negrilla fuera de texto)

[5] *"5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.* ***En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida****"* (Subraya fuera de texto)

[6] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.

(...)

En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[7], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016 proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social, disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[8], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se**

[7] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 2500023420002013-01541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.
[8] Exp. 4683-13

desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema. Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso base de liquidación** como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos y finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores salariales que se ordenan incluir en la base de liquidación pensional, a los efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado, también lo es que Órgano Vértice de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter

vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[9].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

3.3. Caso concreto

Según consta en el plenario, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), el demandante tenía más de 40 años de edad (nació el 15 de enero de 1942 CD documento 5 fl. 167), circunstancia que conduce a concluir que al cumplir con uno de los requisitos previstos en el inciso 2º del artículo 36 de la mencionada codificación, es beneficiario del régimen de transición allí previsto. En consecuencia, para efectos de determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 sin que sea procedente aplicar lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues como se indicó en el marco normativo de ésta providencia, se debe aplicar en su integridad la Ley 33 de 1985, y al haber unificado su jurisprudencia el Consejo de Estado, estableciendo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los empleados oficiales, todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio, entrará la Sala entonces a examinar qué factores devengó el demandante del 29 de noviembre de 2001 al 30 de noviembre de 2002 (documento 10 CD fl. 167).

En efecto, al revisar el certificado de factores salariales expedido por el Coordinador de Talento Humano de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia- UPTC, (fls. 133 a 155), se constata que el demandante durante el último año de servicio laborado devengó los

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. Jose Luis Barceló Camacho

siguientes factores salariales: **asignación básica, gastos de representación, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios, incentivo 2001 y vacaciones.**

La extinta CAJANAL mediante la resolución No. 4348 del 20 de abril de 1999 reconoció al demandante una pensión vitalicia de jubilación (documento 13 CD a folio 167).

Posteriormente, por medio de la resolución 2728 de 2003, la extinta CANAJANAL reliquidó la pensión de jubilación reconocida al actor mediante la resolución o. 4348 de 1999, elevando la cuantía de la mesada (fl. 405-406); así mismo, mediante la resolución No. UGM 017189 del 17 de noviembre de 2011, la demandada aumentó nuevamente la mesada pensional (fl. 433 a 435).

Ahora, al hacer la comparación de los factores salariales reconocidos por la entidad demandada y los devengados por el actor en el último año de servicios prestados (**29 de noviembre de 2001 al 30 de noviembre de 2002**), encuentra la Sala que en los actos administrativo de reliquidación pensional **NO** se tuvieron en cuenta los siguientes factores salariales: **prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios.**

Precisa la Sala que aunque se encuentra demostrado que el demandante también devengó durante el último año de servicios, **vacaciones**, dicho emolumento no será computable para efectos pensionales, como quiera que no constituyen salario, tal y como lo señaló la sentencia unificadora del Consejo de Estado de 04 de agosto de 2010, al indicar que *"las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador"*.

Así mismo, en lo atinente al factor denominado **incentivo 2001,** del certificado de factores salariales no se advierte que el mismo hubiese sido devengado por el actor de manera habitual y periódica, pues solo

aparece certificado para el mes de mayo de 2002 (fl. 153), razón por la cual, **no** puede ser tenido en cuenta en la base de liquidación pensional. En este orden de ideas, concluye la Sala que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, -conforme lo expuesto en acápite anterior-, lo mismo que en acatamiento de mandatos Superiores y de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA, la pensión de jubilación reconocida al demandante debe reliquidarse con la inclusión todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio, es decir, no solo con la asignación básica y gastos de representación, **sino también con prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios,** y con efectos fiscales a partir del 31 de diciembre de 2002, día siguiente al retiro definitivo del servicio, y no desde la fecha en que se ordenó en la providencia impugnada.

De otro lado, se concluye que en contraposición al argumento de apelación elevado por la entidad accionada, y concerniente a la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015, es oportuno enfatizar como se hizo en el acápite de marco jurídico de esta providencia, que la Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de Unificación emitida por el H. Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente.

- De la prescripción

Teniendo en cuenta que el fundamento para acceder a la reliquidación pensional pedida por el actor lo da la sentencia de unificación del Consejo de Estado del **4 de agosto de 2010** y que entre esta fecha y el **20 de febrero de 2013** fecha que en se presentó la solicitud de reliquidación que originó los actos administrativos demandados en esta oportunidad (fl. 15), **NO** trascurrieron más de 3 años, forzoso resulta concluir que en el sub judice NO operó el fenómeno de la prescripción

trienal previsto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[10], y 102 del Decreto 1848 de 1969[11].

3.4. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones:

En este punto, reiterando la postura que se ha venido adoptando por esta Sala de Decisión[12], se dispondrá que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor **PUBLIO GRACIANO SAAVEDRA CORREDOR**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso del demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

---

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

[11] **Artículo 102°.-** Prescripción de acciones.
1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

[12] Ver entre otras, sentencias de 28 de junio de 2016 exp. 2013-732-00, Sentencia de 13 de septiembre de 2016 exp. No. 2013-674-00, y sentencia de 13 de septiembre de2016 exp. 2014-83-00, con ponencia del suscrito.

3.5 Del carácter objetivo de la condena en costas y de la excepción prevista en el C.G.P.

De otro lado, señala la recurrente que debe revocarse la condena en costas y agencias en derecho impuesta por la Juez de primera instancia, por cuanto la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha sido uniforme en señalar que ésta procede solamente cuando la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, actitud que asegura no ha existido por parte de la entidad demandada.

En efecto, en lo que refiere a la condena en costas, hay que decir que se produce un importante cambio en relación con la regulación que venía operando en el proceso contencioso administrativo, sistema que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 171 del C.C.A, dependía de si la parte vencida en el proceso había actuado con temeridad o mala fe, es decir, se trataba de un sistema subjetivo, toda vez que la norma en mención disponía que la condena en costas se haría "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes". De acuerdo con lo previsto por el artículo 188 del C.P.A.C.A[13]., las costas se regulan mediante remisión al Código de Procedimiento Civil (Art. 392)[14], en virtud del cual el nuevo sistema es objetivo, pues recordemos que la regla general del estatuto procesal enseña que se condena en costas a la parte vencida en el proceso sin que sea necesario examinar el comportamiento procesal de la parte, salvo cuando se trate de procesos donde se ventile un interés público[15].

Ahora, teniendo en cuenta que las costas[16], comprenden, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho,**

---

[13]**C.P.A.C.A. Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en 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.

[14]**C. de P.C. Artículo 392.**- Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º mod. 198. Modificado. Ley 794 de 2003, en art. 42. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:
1. Modificado. Ley 1395 de 2010, art. 19. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión, o anulación, que haya propuesto.
(...)
3. En la sentencia se segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.

[15]Benavides José Luis, "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 Comentado y Concordado, primera edición, Universidad Externado de Colombia, paginas. 418 y 419.

[16]Blanco Hernán, Procedimiento civil, tomo I. Dupré Editores, Bogotá Colombia 2005, pág. 1022. "las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más

entendidas como los gastos de apoderamiento en que ha incurrido el demandante aun cuando hubiese litigado personalmente, resulta procedente su fijación conforme lo prescribe el artículo 365 del C.G.P, acudiendo para ello a lo establecido en el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En este orden de ideas, y examinando la determinación adoptada por el Juez de primera instancia en la providencia recurrida, observa la Sala que las pretensiones prosperaron en su totalidad, en consecuencia, en virtud de lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., era procedente condenar en costas a la parte vencida en el proceso, tal como lo hizo el Juez a quo, por lo que se confirmará la sentencia en tal sentido.

IV. COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la recurrente, pues si bien su recurso fue resuelto de manera desfavorable, en el expediente no se demostró que se hubiera causado, en la medida que el demandante no adelantó actuaciones en esta segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmado, pero se **MODIFICARÁN** los numerales 4º, 5º y 7º de la parte resolutiva en el sentido de **i)** precisar el año de retiro del servicio del demandante y la fecha a partir de la cual se ordena la reliquidación pensional, y **ii)** ordenar que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, se efectúen los descuentos de los aportes al Sistema General de en Pensiones durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

---

de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho, ósea el pago de los honorarios de abogados que la parte ganancia sa efectuó**, y a la que le deben ser reintegradas." [16]

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de abril de 2016 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Excepto los numerales 4°, 5° y 7° de la parte resolutiva que se **MODIFICARÁN** así:

> *"**CUARTO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP reliquidar y pagar al señor PUBLIO GRACIANO SAAVEDRA CORREDOR identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.774.315 de Tunja, el valor de la pensión, en el 75% de lo devengado en el último año de servicios, comprendido entre el **29 de noviembre de 2001 al 30 de diciembre de 2002,** incluyendo en la base de liquidación, además de la asignación básica, gastos de representación, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios y prima de servicios, efectiva a partir del **31 de diciembre de 2002.***
>
> ***QUINTO:** Condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP a pagar a favor del demandante señor PUBLIO GRACIANO SAAVDRA CORREDOR, las diferencias causadas por la reliquidaciín de las mesadas pensionales a partir del 31 de diciembre de 2002, día siguiente al retiro definitivo del servicio.*
>
> ***(...)***
>
> ***SEPTIMO:** De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor **PUBLIO GRACIANO SAAVEDRA CORREDOR**, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** con destino al Sistema General de Salud y Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto*

máximo en el caso del demandante, no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la ***Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP****, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.*

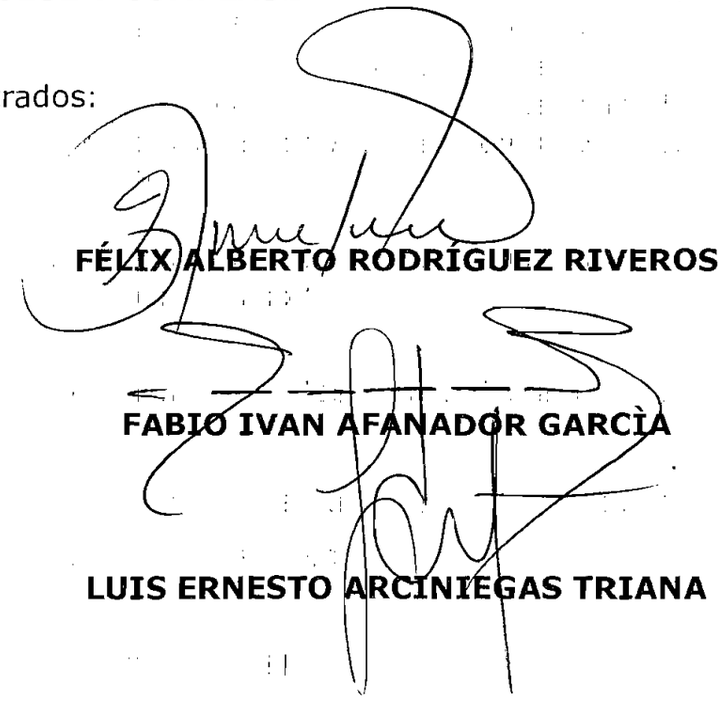
Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado."

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE: PUBLIO GRACIANO SAAVEDRA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 15001333301420130027102

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

EJECUTANTE:	FLORIBERTO FRESNO HERRERA
EJECUTADO:	UGPP
RADICACIÓN:	150013333014**201400214**-01
REFERENCIA:	EJECUTIVO
ASUNTO:	APRUEBA CONCILIACIÓN JUDICIAL

Corresponde a la Sala decidir sobre la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio judicial alcanzado entre las partes en la audiencia adelantada el 28 de noviembre de 2017, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 70 de la Ley 446 de 1998 y 43 de la Ley 640 de 2001.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El acuerdo se realizó con ocasión de la demanda presentada el 16 de diciembre de 2014 por el señor FLORIBERTO FRESNO HERRERA, a través de la cual se pretende el pago forzado de la suma de $18.008.217,oo por concepto de intereses moratorios causados desde el día siguiente a la ejecutoria de la sentencia declarativa dictada dentro del proceso 2012-0064 (19 de febrero de 2013), hasta la fecha de pago del capital de la acreencia, y por las sumas *"que se llegaren a causar"*.

2. ORDEN DE SEGUIR ADELANTE LA EJECUCIÓN

En la Audiencia de que trata el artículo 392 del CGP realizada el 25 de agosto de 2017, el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja resolvió (ff. 212-216 y CD):

> *"(...) PRIMERO. Modificar el ordinal primero del auto de mandamiento de pago de fecha 09 de noviembre del año 2015, el cual quedará así.*
>
> *'PRIMERO: Librar mandamiento de pago a favor de FLORIBERTO FRESNO HERRERA en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección*

Social -UGPP, conforme a lo previsto en el artículo 430 del C.G.P., por los siguientes valores y conceptos:

- Por la suma de $7.605.211 por concepto de intereses moratorios causados conforme a lo ordenado en la sentencia base de la ejecución por el periodo comprendido entre el día siguiente a la ejecutoria de la sentencia esto es el 19 de febrero de 2013 y el 29 de julio de 2013 fecha de pago de la obligación - toda vez que la solicitud de pago fue presentada el 19 de marzo del año 2013 esto (sic) dentro de los 6 meses siguientes, de conformidad con el artículo 177 del CCA.

- Por la actualización de la anterior suma de dinero, desde el día siguiente a la cesación de la mora, esto es desde el 30 de julio de 2013 y hasta que se efectúe el pago total de la obligación.'

SEGUNDO: Declarar probada parcialmente la excepción de pago de la obligación propuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP, atendiendo a lo motivado ut supra.

TERCERO: Ordenar seguir adelante la ejecución para el cumplimento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo de fecha 09 de noviembre del año 2015, con las modificaciones establecidas en esta decisión relacionadas con la norma aplicable a la acusación de los intereses de mora y la actualización, por el valor total de $2.597.738,42 discriminado de la siguiente forma:

3.1 Por valor de $1.272.420,42, por concepto de actualización de los intereses de mora derivados de la sentencia base de ejecución, calculada desde el 30 de julio de 2013 y el 11 de octubre de 2016.

3.2 Por valor de $1.276.241,oo, por concepto de saldo insoluto de intereses de mora derivados de la sentencia base de la ejecución.

3.3 Por valor de $49.076,82 por concepto de actualización del saldo insoluto de intereses de mora, calculada desde el 12 de octubre de 2016 y con fecha de corte al 31 de julio de 2017 mes anterior al pronunciamiento de esta sentencia. (...)"

3. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la UGPP, inmediatamente después de dictada la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos (Min. 1:23:45-1:26:39):

Manifestó dos reparos concretos frente a la decisión; en primer lugar, consideró que mediante la Resolución No. 1830 del 12 de septiembre de 2016, que ordenó el pago de $6.328.969,40 por concepto de intereses moratorios, se había satisfecho la obligación por la que se ejecutaba; y en segundo lugar, adujo que la orden de indexación no era procedente debido a que esa pretensión no había sido esgrimida en la demanda.

4. ACUERDO CONCILIATORIO

En la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 327 del CGP, la apoderada del ejecutante manifestó que contaba con ánimo conciliatorio y, en ese sentido, que aceptaba a manera de pago total de la obligación la suma de $6.328.969,40, la cual había sido consignada el 11 de octubre de 2016a favor del señor FRESNO HERRERA en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja. Además, señaló que con dicho acuerdo renunciaba al pago de costas y agencias en derecho (Min. 2:05 – 3:16).

Por su parte, la apoderada de la parte ejecutada pidió que se le concediera un término prudencial con el fin de que el Comité de Conciliación de la UGPP se pronunciara al respecto y avalara el acuerdo propuesto.

En virtud de lo anterior, el Magistrado Ponente le concedió a la UGPP el término de 5 días a fin de que el referido Comité se expresara sobre la viabilidad de la conciliación, oportunidad dentro de la cual dicho organismo indicó que reconsideraba la posición que había expuesto en la primera instancia y solicitaba que se accediera a la petición elevada por la parte ejecutante, relativa a terminar el proceso con fundamento en el pago previamente efectuado, y además hizo énfasis en que no se le condenara en costas y agencias en derecho y que se levantaran las medidas cautelares que se hubieran impuesto en el proceso (ff. 239-246).

II. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PREVIA

En el caso *sub examine*, observa la Sala que el Doctor **ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO** manifiesta su impedimento para participar en la discusión del presente asunto ya que, a su juicio, se encuentra incurso en la causal contemplada en el numeral 2° del artículo 141 del CGP, que dispone:

> *"(...) Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su conyugue, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral recedente. (...)"*

Lo anterior, argumentando que en su condición de Juez Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja libró mandamiento de pago en primera instancia.

Revisado el expediente y la causal invocada, la Sala estima fundada la manifestación de impedimento para conocer el presente asunto, razón por la que se le separara de la decisión que se adopta a través de esta providencia.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

De conformidad con lo dispuesto en las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001, para que pueda impartirse aprobación a los acuerdos conciliatorios deben cumplirse los siguientes requisitos[1]:

- Que no haya operado la caducidad de la acción

- Que el acuerdo verse sobre derechos económicos disponibles por las partes

- Que las partes estén debidamente representadas y sus representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto del convenio

- Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrimado a la actuación

- Que el acuerdo no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración

- Que el acuerdo no sea violatorio de la ley

Con fundamento en lo anterior, la Sala analizará separadamente cada uno de los anteriores requisitos:

2.1. Que no haya operado la caducidad de la acción

El artículo 164 numeral 2° literal k) del CPACA preceptúa:

> *"(...) ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:*
> *(...)*
> *2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*
> *(...)*
> *k) Cuando se pretenda la ejecución de títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales*

[1] Ver, por ejemplo: CE 3C, 26 Feb. 2014, e08001-23-31-000-2010-00992-01(46206), E. Gil; CE 3B, 20 Feb. 2014, D. Rojas.

> *estatales,* ***el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida.*** *(...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este sentido, el término de caducidad de la acción ejecutiva es de 5 años; empero, el inicio de dicha oportunidad depende de la exigibilidad de la obligación, que en vigencia del CPACA se configura vencidos los 10 meses de que trata su artículo 192 (en concordancia con el artículo 307 del CGP), y en vigencia del CCA era de 18 meses de acuerdo a la prescripción introducida en su artículo 177.

Esta tesis ha sido sostenida por el Consejo de Estado en múltiples oportunidades, como la que a continuación se cita:

> *"(...) Ahora bien, el* ***término de exigibilidad de las sentencias dictadas en contra de la Administración de conformidad con el Decreto 01 de 1984, era de 18 meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia; mientras que la Ley 1437 de 2011, indicó que este es de 10 meses siguientes a la ejecutoria de la misma cuando se trate de fallos de condena al pago de sumas de dinero.***
>
> *Así las cosas, la caducidad para iniciar el proceso ejecutivo empieza a correr a partir del momento en que se hace exigible la obligación contenida en el respectivo título que sirve de recaudo judicial; ello, en razón a que si el acreedor no puede hacer valer su título frente al deudor sino una vez transcurrido el término de exigibilidad previsto por la ley,* ***no es posible que sin fenecer este, inicie el cómputo del plazo que aquel tiene para acudir ante la jurisdicción con el fin de lograr la ejecución coactiva o forzada del mismo****. (...)"*[2] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En el presente caso, la sentencia declarativa dictada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación No. 2012-0064 cobró ejecutoria el 18 de febrero de 2013 (f. 17), de modo que la exigibilidad de la obligación allí contenida se configuró el 18 de agosto de 2014 en razón a que la norma adjetiva que rigió el proceso fue el Decreto No. 01 de 1984. Por lo tanto, la demanda podía ser oportunamente interpuesta antes del 18 de agosto de 2019 y fue radicada efectivamente el 16 de diciembre de 2014.

Así las cosas, el acuerdo cumple este requisito.

2.2. Que el acuerdo verse sobre derechos económicos disponibles por las partes

Resulta claro el cumplimiento de este requisito en razón a que, a pesar de que la sentencia declarativa que se constituye en título de recaudo

[2] CE 2A, 30 Jun. 2016, e25-000-23-42-000-2013-06595-01(3637-2014), W. Hernández.

versaba sobre la reliquidación de la pensión de jubilación del ahora ejecutante, esto es, un asunto laboral relativo a un derecho irrenunciable, cierto e indiscutible, el proceso ejecutivo persigue únicamente el pago de intereses moratorios, que representan la indemnización por los perjuicios causados al acreedor debido a la falta de disponibilidad del dinero que se deriva de la mora. Por ende, este aspecto de la deuda es un derecho económico disponible por las partes.

2.3. Que las partes estén debidamente representadas y sus representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto del convenio

Se evidencia que en el poder conferido por el señor FLORIBERTO FRESNO HERRERA a favor del abogado LIGIO GÓMEZ GÓMEZ se plasmó expresamente la facultad de conciliar (f. 2), la cual fue sustituida a la abogada JULIETH BIBIANA RAMÍREZ MOLANO junto con el mandato mediante memorial radicado el 25 de agosto de 2017 (f. 219).

Por otra parte, la manifestación de aceptación de la propuesta en este proceso fue expuesta directamente por el Comité de Conciliación de la UGPP, que de conformidad con el numeral 5° del artículo 19 del Decreto No. 1716 de 2009 tiene como función determinar para cada caso la procedencia o improcedencia de la conciliación; posición que a voces del artículo 22 *ibídem* es obligatoria para los apoderados de la entidad respectiva.

2.4. Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrimado a la actuación

En el fallo de excepciones dictado en primera instancia, el *a quo* determinó que el valor de los intereses moratorios que adeudaba la entidad ejecutada ascendía a $7.605.211,oo; empero, en virtud del pago llevado a cabo el 11 de octubre de 2016 ($6.328.969,oo), quedaba pendiente un saldo insoluto de $1.276.241,oo.

Adicional a lo anterior, se condenó al pago de la indexación de los intereses moratorios, la cual ascendió a $1.321.497,23 con corte al mes de julio de 2017 (f. 217).

Para determinar el respaldo probatorio de las anteriores cifras se examinará lo siguiente:

a. Frente al título de recaudo

El artículo 422 del CGP define los títulos ejecutivos de la siguiente forma:

> *"(...) ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO. Pueden demandarse ejecutivamente las* ***obligaciones expresas, claras y exigibles*** ***que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley.*** *La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este sentido, la jurisprudencia y la doctrina pacíficamente y de antaño han considerado que las exigencias antes referidas se clasifican en requisitos de fondo y de forma. Los primeros implican que el título base de recaudo debe contener una obligación (i) clara, es decir, que no necesite de otros medios para acreditarse su existencia y contenido; (ii) expresa, esto es, que este incorporada en un documento y surja de su redacción; y (iii) exigible, lo que implica que no esté sometida a plazo o condición, o de estarlo, aquellas ya se hayan cumplido[3].

Por otra parte, los requisitos de forma involucran la clase de documentos que incorporan la obligación y la manera como deben allegarse al proceso. Se tratará entonces de (i) documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él; (ii) las sentencias de condena proferidas por jueces o tribunales de cualquier jurisdicción; (iii) otras providencias judiciales que contengan obligaciones claras, expresas y exigibles; (iv) providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia; y (v) demás documentos que señale la ley.

En el *sub lite*, la obligación se encuentra contenida en una sentencia dictada por esta jurisdicción el 25 de enero de 2013, la cual fue aportada en copia auténtica y con constancia de ser primera copia que presta mérito ejecutivo (ff. 8-17). En este sentido, a pesar de que, en concordancia con los artículos 114 numeral 2° y 244 del CGP, no era necesario que las copias de la sentencia y su constancia de ejecutoria fueran auténticas[4], y que la figura de la primera copia que presta mérito

[3] Ver, por ejemplo: CE 3B, 1° Ago. 2016, e25000-23-36-000-2015-02192-01(56615), S. Conto; y CE 3C, 8 Jun. 2016, e25000-23-36-000-2015-02332-01(56904), J. Santofimio (e).
[4] CE 2A, 3 Ago. 2017, e11001-03-15-000-2017-01577-00(AC), W. Hernández.

ejecutivo desapareció con el CGP, se encuentran reunidos los requisitos formales del título.

Frente a los requisitos de fondo, no cabe duda que una sentencia judicial de carácter condenatorio contiene una obligación clara y expresa, que en este caso era actualmente exigible según como fue dilucidado cuando se analizó la caducidad de la acción.

b. Frente a la indexación de intereses moratorios

Los intereses moratorios constituyen una indemnización de los perjuicios nacidos por la mora en el pago de las obligaciones dinerarias, que opera a modo de resarcimiento tarifado a favor del acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida[5].

Por su parte, el artículo 177 del CCA -norma aplicable en razón a la fecha de expedición del fallo base de la ejecución- establece que las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias de condena dictadas contra entidades públicas devengarán intereses moratorios a partir del día siguiente a su ejecutoria, lo cual fue precisado por la Corte Constitucional en la sentencia C-188 de 1999[6].

Ahora bien, el interés bancario corriente contiene tres elementos con los cuales se calcula la tasa respectiva, a saber: (i) la inflación y/o devaluación, (ii) el interés puro, y (iii) el riesgo[7]. Así, el interés moratorio comercial, que corresponde a una y media veces el interés bancario corriente (art. 884 CCo) y es el que se causa con posterioridad a la firmeza de la sentencia condenatoria proferida contra una entidad pública bajo el régimen del Decreto No. 01 de 1984, contiene en sí mismo el componente atinente a la corrección monetaria.

Por su parte, la indexación es *"la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda"*[8], lo que en otras palabras implica encontrar la equivalencia entre un valor histórico y un valor actual. Por esta razón, la indexación no remunera el

---

[5] Ver, por ejemplo: CConst, C-604/2012, J. Pretelt.
[6] CConst, C-188/1999, J. Hernández: *"(...) En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago -evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales-,* ***los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia****, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)
[7] Ochoa Pérez, César Mauricio. *Tratado de los dictámenes periciales*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2017, p. 735.
[8] *Ibíd.*, p. 723.

uso del dinero ni el riesgo, sino que se limita a mantener el valor constante del mismo[9].

A partir de estas dos definiciones puede extraerse claramente que resulta improcedente aplicarle a un mismo capital intereses moratorios e indexación, en razón que se estaría reconociendo doblemente la corrección monetaria, lo que en últimas implica un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor[10]. Sin embargo, la Sala debe enfatizar que **esa prohibición únicamente procede cuando dentro del mismo periodo de tiempo se aplican las dos figuras mencionadas**, ya que de lo contrario no existe razón que sustente dicha incompatibilidad.

Al respecto, habitualmente en las sentencias dictadas en esta jurisdicción, antes por orden del artículo 178 del CCA y ahora en virtud del inciso final del artículo 187 del CPACA, las condenas al pago o devolución de cantidades líquidas de dinero se actualizan para consolidar el capital con fundamento en el cual se causan los intereses de mora, situación que es absolutamente compatible debido a que la indexación va desde el nacimiento del derecho hasta la ejecutoria de la sentencia y los intereses moratorios surgen con posterioridad a la misma.

De otro lado, esta Corporación en los eventos en los cuales el acreedor manifiesta expresamente que le fue pagado el capital de la deuda pero quedaron intereses pendientes por pagar, ha considerado que la causación de estos últimos cesa en el tiempo con la extinción del primero, dado su carácter accesorio (siguiendo la máxima *"lo accesorio sigue la suerte de lo principal"*), pero que esas sumas dinerarias insolutas deben ser indexadas por motivos de equidad, para evitar que el acreedor reciba un monto devaluado y, por lo tanto, no equivalente con el valor real de la deuda[11].

En estos casos particulares, la causación de intereses moratorios surge desde el día siguiente a la ejecutoria del fallo que declara el derecho hasta la fecha de pago del capital por parte del deudor; en cambio, la

---

[9] *Ibíd.*

[10] Ver, por ejemplo: CE Consulta, 9 Ago. 2012, e11001-03-06-000-2012-00048-00(2106), L. Álvarez: *"(...) la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación ha manifestado que 'en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, son incompatibles', por lo tanto, si se ordena el reconocimiento de intereses por mora **concomitantemente** con la indexación, se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

[11] Ver, por ejemplo: TAB, 7 Feb. 2017, e150013333015201600103-01, M.P. José Fernández Osorio; TAB, 10 May. 2017, e150013333009201500113-02, M.P. Óscar Alfonso Granados Naranjo; TAB, 9 Mar. 2017, e150013333015201600169-01, M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana; TAB, 15 Abr. 2016, e150013333003201400212-01, M.P. Fabio Iván Afanador García.

indexación de esos valores va desde el día siguiente al referido pago del capital hasta la fecha de cancelación efectiva del saldo insoluto correspondiente a intereses, de modo que no se trata de un doble pago por el mismo concepto porque la aplicación de las figuras no se sobrepone temporalmente. El Consejo de Estado, al analizar un caso conceptualmente similar, expuso:

> *"(...) Ahora bien, el pago de dichos intereses* [moratorios] *es por el periodo comprendido entre diciembre de 2003 al 12 de diciembre de 2007, que corresponde al plazo de mora de los salarios y prestaciones insolutos en favor de los demandantes hasta la liquidación definitiva de la E.S.E Hospital Universitario San Juan de Dios del Socorro y se liquidan hasta esa fecha; por ello, en criterio de la Sala* ***no resulta razonable que ese monto fijo no sea susceptible de ser actualizado desde el 2007 hasta la presente fecha****, en que se profiere la sentencia definitiva proferida por esta jurisdicción.*
>
> *En otras palabras, así como el tribunal definió que el acto administrativo esta* (sic) *nulo, porque no existía fundamento legal para el no pago de intereses moratorios,* ***estos no deben ser pagados de manera menguada, empobrecida o depreciada por el efecto del paso del tiempo*** *que se demoró esta jurisdicción en decidir el derecho a su pago.*
>
> *Es más, no puede considerarse que los demandantes están recibiendo una doble erogación del tesoro público, pues la fuente jurídica es distinta como los periodos que se liquidan son disímiles e irreductibles. (...)"*[12] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Sin embargo, en virtud del principio de congruencia, **el pago de la indexación de los intereses moratorios únicamente resulta procedente si fue presentado a manera de pretensión en la demanda**, debido a que, de lo contrario, se estaría condenando al ejecutado por un concepto diferente al pedido por el ejecutante.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que *"la demanda es el acto procesal en el que se establece el objeto del litigio y, por consiguiente, se fijan, en principio, los límites fácticos y jurídicos dentro de los que se resolverá la controversia"*[13]; por ello, actualmente el artículo 281 del CGP[14] *"proscribe la posibilidad de dictar fallos que excedan lo pedido*

---

[12] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Fallo del 23 de marzo de 2017. Radicación No. 68001-23-31-000-2008-00329-01(2284-13). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

[13] CE 3A, 7 Dic. 2016, e05001-23-31-000-2006-01789-01(45070), Marta Nubia Velásquez.

[14] *"(...) ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las* ***pretensiones aducidas en la demanda*** *y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. *(...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

por las partes (ultra petita), que versen sobre asuntos ajenos a lo solicitado (extra petita) o con olvido de los que estas han planteado (citra petita)"[15]. Lo anterior se concreta en la siguiente cita jurisprudencial:

> *"(...)* [El principio de congruencia] *atañe a la consonancia que debe existir entre la sentencia y los hechos y* ***pretensiones aducidos en la demanda*** *(...), que garantiza el derecho constitucional de defensa del demandado, quien debe conocer el terreno claro de las imputaciones que se le formulan en contra. El juez, salvo los casos de habilitación ex lege, en virtud de los cuales se le faculta para adoptar determinadas decisiones de manera oficiosa, no puede modificar o alterar los hechos* ***ni las pretensiones oportunamente formulados, so pena de generar una decisión incongruente****. (...)"*[16] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En el presente caso se advierte que la única pretensión incoada fue la del pago de los intereses moratorios y en ningún momento se hizo alusión a la actualización de esos valores, razón por la cual la Juez de primera instancia no podía incluirlos oficiosamente en la orden de seguir adelante la ejecución. En otras palabras, en el *sub lite* el *a quo* dictó una decisión *extra petita* en lo que tiene que ver con la orden de indexación de los intereses moratorios, que comporta una vulneración al debido proceso y al derecho a la defensa de la entidad ejecutada; cuestión que debe ser tenida en cuenta por esta Corporación al momento estudiar si el acuerdo es o no lesivo para el patrimonio público[17].

c. Frente al pago total de la obligación

Como fue probado dentro del proceso, la entidad ejecutada expidió la Resolución No. 1830 del 12 de septiembre de 2016, a través de la cual ordenó el pago de $6.328.969,40 a favor del ejecutante exclusivamente por concepto de intereses moratorios (f. 143). Estos dineros fueron consignados a órdenes del Despacho de primera instancia el 11 de octubre de 2016 (f. 149) y, en virtud de lo anterior, el Banco Agrario de Colombia constituyó el título respectivo al día siguiente (f. 150).

---

[15] *Ibídem.*

[16] CE 3A, 25 Ene. 2017, e11001-03-26-000-2016-00052-00 (56703), Hernán Andrade Rincón.

[17] CE 3A, 26 Abr. 2017, e27001-23-31-000-2011-00109-01(48790), Hernán Andrade Rincón: *"(...) teniendo en cuenta que el juez conductor del proceso es garante de los derechos fundamentales de las partes en el marco del trámite procesal,* ***particularmente del derecho al debido proceso, del cual forma parte esencial el principio de congruencia, es claro entonces que el juez puede y debe decretar de oficio su vulneración*** *(...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este sentido, para determinar si con la suma pagada se extinguió la obligación, resulta necesario efectuarse el cálculo matemático de los aludidos intereses, partiendo de dos datos relevantes: el marco temporal de la liquidación y el capital base de la misma.

Frente al primer aspecto, los intereses moratorios se causan a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia, conforme lo establece el artículo 177 del CCA (aplicable de acuerdo al régimen bajo el cual se tramitó el proceso declarativo) y hasta el pago de la obligación, sin perjuicio de que se suspendan si no se reclama el pago de la sentencia dentro de los 6 meses siguientes a su firmeza.

En este caso, la sentencia cobró ejecutoria el 18 de febrero de 2013 (f. 17), así que los **intereses moratorios comenzaron a generarse desde el 19 de febrero de ese año**. Adicionalmente, de acuerdo a la Resolución por medio de la cual se ordenó el desembolso del capital de la acreencia, la petición de pago fue elevada ante la UGPP el 19 de marzo de 2013 (f. 10), esto es, sin que se sobrepasara el plazo de 6 meses antes mencionado. Así las cosas, la causación de intereses moratorios no se suspendió sino que, siendo congruentes con las pretensiones de la demanda[18], **permaneció hasta cuando se canceló el capital de la deuda, es decir, el 29 de julio de 2013** (f. 23).

Frente al segundo aspecto, la Sala observa que en primera instancia se suscitó controversia frente a los valores realmente pagados por concepto de capital. Al respecto, el *a quo* se inclinó por la suma de $63.680.636,03, en razón a que aparece plasmada en el reporte detallado allegado por el Consorcio FOPEP a manera de pago neto para el mes de julio de 2013 (f. 195 v.) y además fue referida por el mismo ejecutante en el interrogatorio efectuado por la Juez (CD f. 226 Min. 17:11-19:33).

No obstante, esta Corporación considera esa cifra equivocada en razón a que no corresponde al pago neto por concepto de reliquidación pensional sino al pago neto de ese mes a favor del ejecutante que, de acuerdo al comprobante emitido por Bancolombia, contemplaba como ingresos tanto el retroactivo como el pago de la mesada ordinaria de ese

---

[18] CGP, Art. 281: "*(...) CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. *(...)*" (Negrilla fuera del texto original)

periodo y como egresos los descuentos totales con destino a salud y, al parecer, tres créditos bancarios (f. 23).

Así las cosas, teniendo en cuenta la liquidación con la que la UGPP sustentó el anterior pago (f. 132), que es coincidente con el reporte bancario, se observa que por concepto de retroactivo de mesadas ordinarias se calculó la cifra de $68.437.612,25 y por el retroactivo de las mesadas adicionales el monto de $5.131.645,52, que sumados dan como resultado $73.569.257,77. Sin embargo, una vez efectuados los descuentos con destino a salud, que ascendieron en total a $8.212.513,47, se obtiene que **el capital neto efectivamente pagado equivale a $65.356.744,30**.

Con fundamento en estos datos, la liquidación de los intereses moratorios es la siguiente:

RES. NRO.	DESDE	HASTA	DÍAS	TASA INT. CTE.	TASA USURA	TASA DIARIA	VALOR INTERESES DE MORA
2200	19-feb.-13	28-feb.-13	10	20,75%	31,13%	0,0743%	$485.397,37
2200	01-mar.-13	31-mar.-13	31	20,75%	31,13%	0,0743%	$1.504.731,85
605	01-abr.-13	30-abr.-13	30	20,83%	31,25%	0,0745%	$1.461.109,55
605	01-may.-13	31-may.-13	31	20,83%	31,25%	0,0745%	$1.509.813,20
605	01-jun.-13	30-jun.-13	30	20,83%	31,25%	0,0745%	$1.461.109,55
1192	01-jul.-13	29-jul.-13	29	20,34%	30,51%	0,0730%	$1.383.222,27
					TOTAL INTERESES MORATORIOS		$7.805.383,78
					VALOR PAGADO POR UGPP		$6.328.969,00
					TOTAL DE LA DEUDA		**$1.476.414,78**

Por lo tanto, el pago efectuado por el UGPP por concepto de intereses moratorios no tuvo la virtualidad de extinguir la obligación, ya que sigue subsistiendo un saldo insoluto. Sin embargo, **el referido saldo obtenido por esta Corporación es superior al que se calculó en la primera instancia ($1.276.241,oo) y la entidad ejecutada es apelante único, por lo que debe aplicarse el principio *no reformatio in pejus* para mantener el valor menor**, con el propósito de evitar una vulneración al derecho al debido proceso de la entidad ejecutada.

d. Conclusión

Corolario de lo anterior, las sumas liquidadas por concepto de indexación de intereses moratorios no debieron haberse reconocido en primera instancia, ya que escapan del objeto de la ejecución. Por otra parte, con base en el principio *no reformatio in pejus* se tiene que el saldo insoluto actualmente adeudado a favor del ejecutante asciende a $1.276.241,oo, por lo que se puede concluir que la obligación no ha sido totalmente

satisfecha (no se configura el fenómeno objetivo del pago total de la obligación para extinguir la acreencia).

Así las cosas, fue debidamente probada en el proceso la existencia de la deuda a favor del ejecutante y cargo de la UGPP, así como la persistencia de valores insolutos, frente a los cuales recae el acuerdo conciliatorio.

2.5. Que el acuerdo no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la Administración

De conformidad con lo conciliado, la Sala encuentra que el acuerdo no resulta lesivo para el patrimonio de la Administración ya que en total la suma realmente adeudada por la entidad ejecutada asciende a $7.805.383,78; empero, mediante el acuerdo que ahora se analiza la UGPP la obligación quedaría extinta únicamente con el pago de $6.328.969,00, lo que representa un ahorro de $1.476.414,78. Incluso, teniendo en cuenta que en primera instancia fue erróneamente liquidada la acreencia en perjuicio del ejecutante, se concluye que de todas formas el monto remitido asciende a $1.276.241,oo.

Por lo tanto, el acuerdo no es inconveniente ni lesivo para el erario, sino que permite una solución pronta al conflicto sin afectar los intereses del Estado.

2.6. Que el acuerdo no sea violatorio de la ley

Por lo anteriormente referido, en razón a que la conciliación que ahora se estudia no vulnera ninguna norma legal ni va en contravía de los preceptos constitucionales, la Sala considera que el acuerdo se ajusta a derecho. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado que, en ejercicio del principio de autonomía negocial, las partes tienen la libertad de establecer la suma producto de la conciliación sin que exista rasero o tope alguno:

> *"(...) Para proceder con la aprobación de un acuerdo, el juez debe verificar, en principio, que cuente con las pruebas necesarias respecto a la posible responsabilidad de la entidad y el monto de los perjuicios, que no sea violatorio de la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público.*
> *(...)*
> *En consecuencia, la regulación propia de la conciliación administrativa tanto judicial como extrajudicial, que difiere abiertamente de la regulación de la conciliación en materia civil, se explica en aras de la protección de derechos e intereses de las partes, de un lado teniendo en cuenta que las condenas contra el Estado afectan leve o gravemente el patrimonio público. Por lo tanto se buscó equiparar a las partes para que negocien en un plano de igualdad -con la intervención obligada de apoderados judiciales- y bajo la vigilancia constante del Ministerio Público, quien actúa*

como mediador imparcial, en tanto le corresponde velar por los intereses del ciudadano y por los del Estado.

De esta manera, la restricción que hizo la Sala, de aprobar los acuerdos sólo si se concilia entre el 70 y el 100% de la condena de primera instancia, afecta la autonomía de la voluntad privada y la capacidad negocial de las partes. Pues, ***si ambos interesados se ponen de acuerdo en una cifra inferior, como se viene de explicar, esta decisión obedecerá a la voluntad libre y espontánea del ciudadano y de la entidad estatal, quienes -por lógica- habrán actuado de acuerdo a la persecución de sus intereses y su bienestar, teniendo en cuenta que si lo aprobaron, es porque previamente existió negociación en el sentido de definir el monto de la obligación, la forma de pago, el plazo, etc. Y*** (sic) ***que ambas partes conservaron hasta el final la facultad de conciliar o no.***

En consecuencia, procede la Sala a modificar y ***unificar la jurisprudencia*** *en este sentido, en tanto excede sus facultades fijar límites objetivos o raseros a los acuerdos conciliatorios, y en aras de respetar y hacer prevalecer la autonomía de la voluntad privada, suprimirá los topes previamente establecidos como requisito para aprobar la conciliación. (...)"*[19] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por todo lo anterior, se impartirá aprobación al acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes del presente proceso, que se concreta en considerar satisfecha la acreencia con la consignación efectuada por la UGPP a favor del señor FLORIBERTO FRESNO HERRERA el 11 de octubre de 2016 a la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que corresponde a $6.328.969,40, sin lugar a condena en costas a ninguna de las partes. Fielmente, como no fueron impuestas medidas cautelares en contra de la UGPP, no se dicta orden alguna al respecto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la manifestación de impedimento elevada por el Magistrado Dr. **ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO** y, en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: APROBAR el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes en la audiencia adelantada el 28 de noviembre de 2017, de conformidad con las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: DECLARAR terminado el presente proceso.

---

[19] CE 3 Plena, 24 Nov. 2014, e07001233100020080009001(37.747), E. Gil.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: ORDENAR al Juzgado de primera instancia que, una vez recibido el expediente, inmediatamente proceda a adelantar las gestiones necesarias para la conversión y entrega el título ejecutivo constituido a favor del señor FLORIBERTO FRESNO HERRERA.

SEXTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Con impedimento
ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOYACÁ

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE
NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO
Nº 2 DE HOY 2017
A LAS 8:00 A.M.

SECRETARIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

DESPACHO NO. 6

Tunja, doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE:	150013333-014-2014-00214-00.
ACCIONANTE:	Floriberto Fresno Herrera.
ACCIONADO :	UGPP.
MEDIO DE CONTROL:	Ejecutivo.
MAGISTRADO PONENTE.	***Dr. José Ascención Fernández Osorio.***

I. ASUNTO.

Seria del caso entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, en contra de la sentencia de primera instancia, proferida el veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017) (fl. 212-216) por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Tunja, que resolvió, entre otras, acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, revisado el expediente, se encuentra oportuno, por parte del suscrito, en calidad de Magistrado titular del Despacho No 06 del Tribunal Administrativo de Boyacá y como integrante de la presente Sala de decisión, declararse impedido para decidir el objeto de la apelación, en obediencia a lo erigido en el artículo 141 numeral 2 del C.G.P. y el artículo 131 de la Ley 1437 de 2011, con fundamento en las siguientes.

II. CONSIDERACIONES.

El art. 130 del CPACA, al clasificar las causales respecto de las cuales los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, además de las situaciones expresamente allí contempladas, establece los casos señalados en el art. 150 del CPC[1].

Así entonces, el artículo 141 del Código General del Proceso, establece:

> *"**Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN**.*
> *Son causales de recusación las siguientes:*
> *1. (...)*
> *2. **Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez,** su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente."*

Ahora bien, frente al trámite de los impedimentos, el art. 131 del CPACA, señala:

---

[1] *Norma derogada por la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, aplicable a la jurisdicción contencioso administrativa desde el 1 de enero de 2014 conforme a auto de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado proferido el 25 de junio de 2014, con ponencia del Consejero Doctor Enrique Gil Botero, el expediente con radicación: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ) Número interno: 49.299, Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A, Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social.*

> ***"ARTICULO 131. TRAMITE DE LOS IMPEDIMENTOS.*** *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*
> *(...)*
> *3.* ***Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente****, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento. Si lo encuentra fundado, lo aceptará y sólo cuando se afecte el quórum decisorio se ordenará sorteo de conjuez".*

Por lo tanto, revisado el expediente se encuentra, que parte del trámite de primera instancia fue adelantado por el suscrito, **específicamente, el auto que libró mandamiento de pago** (folio 36-39).

Lo anterior, teniendo en cuenta que para la época en que se adelantó el proceso, me desempeñé como Juez trece Administrativo de Tunja.

Conforme a lo expuesto, considero me encuentro incursó en la causal segunda del art. 141 del Código General del Proceso.

En consecuencia, con el presente pongo en conocimiento el eventual impedimento del suscrito en la resolución de la segunda instancia.

La presente manifestación de impedimento, como quiera que los funcionarios judiciales en el desempeño de su labor, están instituidos como garantía de la imparcialidad, esto *"con el fin de garantizar al conglomerado social que el funcionario judicial llamado a resolver el conflicto jurídico, es ajeno a cualquier interés distinto al de administrar una recta justicia y, en consecuencia, que su imparcialidad y ponderación no están afectadas por circunstancias extraprocesales"*[2].

Sin más, y atento a cualquier comunicación,

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

[2] Corte Suprema de Justicia. Auto de 29 de enero de 2009. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Tunja, diciembre catorce (14) de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***JUAN CARLOS DELGADO PÉREZ***
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL
Litisconsorte necesario: Ministerio de Defensa Nacional – Ejercito Nacional
*Expediente: 15001-33-33-014-**2015-00115**-01*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, contra la sentencia de primera instancia proferida el 17 de julio de 2017, por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el señor ***Juan Carlos Delgado Pérez*** *contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL y el Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional en calidad de litisconsorte necesario*[1].

I. ANTECEDENTES

- ***Demanda. (fl. 2-23 c.1):***

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, Juan Carlos Delgado Pérez Ruiz, a través de apoderado judicial, pidió que se declare:

* *La nulidad del* ***Acto Administrativo No. 2014-36793 de 4 de junio de 2014,*** *por la cual CREMIL negó la liquidación de la asignación de retiro tomando como base un salario mínimo incrementado en un 60% y el reajuste de la prima de antigüedad (f. 30 y vto.).*

* *La nulidad del* ***Acto Administrativo No. 2014-31624 de 13 de mayo de 2014****, por el cual CREMIL negó la liquidación de la asignación de retiro*

[1] *Fue vinculado como litisconsorte necesario mediante auto proferido el 3 de octubre de 2016 (fl. 103 y ss.)*

tomando como base un salario mínimo incrementado en un 60% y el reajuste de la prima de antigüedad (f. 26 y vto.).

A título de restablecimiento del derecho pidió:

- *Se reliquide la asignación de retiro, tomando como base de liquidación la asignación básica incrementada en un 60%, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000.*
- *Se liquide la asignación de retiro tomando el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.*
- *El reajuste de la asignación de retiro año por año, a partir de su reconocimiento a la fecha, con los nuevos valores que arroje las reliquidaciones solicitadas.*
- *Que se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación hasta la fecha en que sea reconocido el derecho aludido.*
- *Que se realice el pago sobre las sumas pedidas, los intereses moratorios e indexación de todos los valores conforme al IPC hasta la fecha de pago.*
- *Que se ordene el pago de intereses moratorios y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.*
- *Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.*

Como hechos relevantes indicó:

- *El señor Juan Carlos Delgado Pérez Ruiz, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional.*
- *Terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario.*
- *El 01 de noviembre de 2003, por disposición administrativa del Comando del Ejército, fue promovido como soldado profesional hasta el momento de retiro del servicio.*
- *La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución N° **1966 de 12 de marzo de 2014** le reconoció asignación de retiro.*
- *El **5 y 28 de mayo de 2014**, presentó derechos de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por el cual solicitó la liquidación de su*

asignación de retiro; no obstante, fue resuelta desfavorablemente mediante el acto administrativo acusado.

- *La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, liquidó la asignación de retiro teniendo como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 40%.*

Indicó como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; leyes 4 de 1992, 131 de 1985 y 923 de 2004, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 160-169 c.2)

El Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja, mediante sentencia proferida el 17 de julio de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

Contrajo el problema jurídico a establecer si se debe declarar la nulidad de los actos acusados y de la Hoja de Servicios No. 3-91107830 de 29 de enero de 2014 y, en caso afirmativo, determinar si el actor tiene derecho a que se reliquide su asignación de retiro, teniendo en cuenta como base de liquidación el salario mínimo legal incrementado en un 60% y sobre dicho valor tomar el 70%, adicionado con el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad.

Citó el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, el Decreto 1793 de 2000, la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, para señalar que el personal de soldados voluntarios vinculados al momento de la expedición de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, gozan de protección en materia de derechos adquiridos.

Trajo a colación el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y dijo que, para efecto de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida que se establece el monto de la asignación de retiro a partir de un porcentaje del salario que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad.

Sobre la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 003 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016 con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, dijo que era de obligatorio cumplimiento y bajo esos parámetros estudió el caso concreto así:

> *"...se advierte que el demandante **JUAN CARLOS DELGADO PEREZ** tiene derecho a que su asignación de retiro sea liquidada por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, teniendo en cuenta el salario mínimo mensual incrementado en un 60% y no en un 40% como se realizó.*
>
> *Lo anterior por cuanto el demandante se desempeñó inicialmente como soldado voluntario y luego fue incorporado como soldado profesional, lo que no implicaba la pérdida de su derecho a recibir el incremento previsto en el artículo 1°, inciso 2, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, equivalente al 60% de un salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que el Gobierno Nacional (...) **garantizó expresamente la protección de derechos adquiridos** de quienes resultaran incorporados como soldados profesionales (...).*

A continuación, sobre la Hoja de Servicios No. 3-91109830 de 29 de enero de 2014, indicó que esta no constituye acto administrativo objeto de nulidad, teniendo en cuenta que, únicamente, es un acto de trámite indispensable para obtener el reconocimiento de la asignación de retiro conforme al tiempo de servicio y a las prestaciones sociales. Citó la sentencia proferida el 14 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, en el proceso con número interno 0467-12.

Sobre la prima de antigüedad, adujo que se encuentra probado que la entidad demandada liquidó la asignación de retiro sumando primero el sueldo y el 38,5% y después aplicando el 70%, razón por la cual, afirmó, se incumplió la ley y lo ordenado en la resolución que reconoció la asignación de retiro.

En relación con la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Defensa Nacional, aseveró que el solo hecho que el demandante haya laborado en esa entidad, no tiene la connotación suficiente para que se vincule al presente proceso, toda vez que ella no es la competente para reconocer el derecho reclamado y el acto administrativo cuya nulidad se alega. Citó la sentencia proferida el 2 de junio de 2016 por el Consejo de Estado, en el proceso con radicación número 11001-03-15-000-2015-03273-01 con ponencia de la Consejera Doctora María Elizabeth García González.

Sostuvo que la asignación de retiro fue reconocida el 12 de marzo de 2014; las solicitudes fueron presentadas el 5 y 28 de mayo de 2014 y la demanda el 16 de junio de 2015, por tanto, concluyó, no operó el fenómeno prescriptivo.

Por lo anterior, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional; declaró la nulidad de los Oficios No. 2014-31624 y 2014-36793 de 2014; condenó a CREMIL a reajustar la

asignación de retiro con el incremento del 60% y el 38.5% sobre la asignación básica y condenó en costas a la entidad demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la ***Caja de Retiro de las Fuerzas Militares,*** *parte demandada, apeló la sentencia, con fundamento en lo siguiente (fl. 171-175):*

Dijo que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es suficientemente claro e indica que los soldados profesionales tienen derecho a que se les pague asignación mensual de retiro sobre el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% pues, a su juicio, debe hacerse una interpretación integra de la norma ya que, indudablemente, con la expedición del Decreto 1794 de 2000, se mejoraron las condiciones salariales y prestacionales de los soldados profesionales. Citó la sentencia de tutela de 13 de septiembre de 2013 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctora Hugo Fernando Bastidas.

Resaltó que CREMIL tiene como objetivo el reconocimiento de las asignaciones de retiro, del personal de Oficiales, Suboficiales y soldados profesionales, por tanto, aplica las disposiciones especiales para cada uno a partir de la expedición de la hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y salario devengado. Finalmente sostuvo:

> *"El así, que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa con su respectiva aprobatoria, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja; por tanto la Entidad está sujeta a la expedición y aporte de dicho documento para el reconocimiento de la asignación de retiro, por lo que en casa de que el demandante presentara inconformidad frente al incremento (...), debió manifestarlo así a la correspondiente fuerza y no a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues como ya se indicó, esta entidad está sujeta para el reconocimiento de las asignaciones a la aplicación de la normatividad vigente y a lo señalado en la Hoja de servicios" (f. 173)*

Citó el artículo 16 ídem y sostuvo que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en 38.5% de la prima de antigüedad. Citó sentencia de 20 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal de Cundinamarca, radicación número 11001-33-35-030-2012-00086-01.

Indicó que la prescripción de mesadas es de tres años contados a partir de la fecha que se hicieron exigibles.

Finalmente, sobre la condena en costas, dijo:

> *"En gracia de discusión, si el señor Juez decide emitir condena en contra de la Entidad de manera atenta le solicito se tenga en cuenta que desde el inicio del proceso se planteó por parte de la Defensa la excepción de prescripción, por lo que las pretensiones del demandante repito "**EN GRACIA DE DISCUSIÓN**" prosperarán parcialmente y legalmente válido de conformidad con lo expuesto exonerar a esta entidad de la condena en costas" (f. 175)*

Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado para alegar de conclusión la parte demandada guardó silencio, por su parte la ***parte demandante*** *(fl. 190 y ss.) reiteró los argumentos y pretensiones esgrimidos en el escrito de la demanda y citó sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado; adicionalmente, anexó copia de la sentencia de 11 de diciembre de 2014 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Doctora María Elizabeth García González.*

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Procurador 46 Delegado ante este Tribunal en su concepto de fondo (fl. 226 y ss. c.2), opina que la sentencia apelada amerita ser confirmada parcialmente.

Luego de hacer referencia a los antecedentes del caso, estableció dos problemas jurídicos a saber: i) establecer si corresponde al actor el incremento de su asignación básica mensual correspondiente al salario más un 60% y ii) establecer si se configura alguna causal de nulidad frente a la forma de liquidación de la asignación de retiro, por tanto, deberá verificarse si a la sumatoria de la asignación básica y la prima de antigüedad se saca el 70% o si por el contrario, ese porcentaje solo se tiene en cuenta para la asignación de retiro.

En cuanto al marco jurídico aplicable, citó la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 por el Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Fonseca y sostuvo que el actor reúne los mismos presupuestos fácticos, por tanto, la asignación básica debe incrementarse en un 60%.

Sobre la prima de antigüedad, sostuvo:

> *"En cuanto a la forma en que se liquida la asignación, la operación matemática hecha por la entidad demandada se aleja de la correcta interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues el 38.5% se liquida incorrectamente y la operación matemática no se hace conforme a lo dispone aquella..." (f. 230 vto.)*

VI. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la entidad demandada contra la sentencia proferida el 17 de julio de 2017 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

6.1. Del sueldo básico de los soldados profesionales:

6.1.1. Obligatoriedad de las sentencias de unificación:

La Ley 1437 de 2011, tiene como una de sus finalidades fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar ***procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa.***

Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Nacional, se consolidó la función de ***unificación jurisprudencial del Consejo de Estado*** *a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos. El artículo 270 del CPACA preceptúa:*

> *"Para los efectos de este Código se tendrán como* ***sentencias de unificación*** *jurisprudencial* ***las que profiera o haya proferido*** *el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social* ***o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia:*** *las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009." (Negrilla fuera de texto)*

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación previó:

> ***"Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.*** *Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia,* ***deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas***"[2] *-Resaltado fuera de texto.-*

La Corte Constitucional en sentencia ***C-634 de 24 de agosto de 2011*** *al examinar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dijo sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia:*

> *"El reconocimiento de la jurisprudencia como* ***fuente formal de derecho****, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.* ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante."*** *(Negrilla fuera de texto)*

De lo anterior se concluye que la función unificadora del Consejo de Estado que nace de la Constitución de 1991, se concreta con la Ley 1437 de 2011, de manera que el margen de interpretación normativa de las autoridades está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los altos Tribunales.

6.1.2. De la Sentencia de Unificación en materia del sueldo básico de los soldados profesionales:

En materia de la asignación básica de los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales, en virtud del Decreto 1794 de 2000, el Consejo de Estado se ocupó de dilucidar su interpretación en sentencia de unificación. En efecto, profirió Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, dentro del proceso con radicación CE-SUJ2 85001-3333-002-2013-00060-01 con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la que precisó:

---

[2] *Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.*

"En lo que tiene que ver con el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, el Decreto Ley 1793 de 2000,[3] en su artículo 38, autorizó al Gobierno Nacional para su expedición, en los siguientes términos:

> ***"Artículo 38. Régimen salarial y prestacional.*** *El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."*

Es del caso precisar, que la Ley 4ª de 1992,[4] a la cual debía ceñirse el Gobierno Nacional para expedir los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, consagra el principio de respeto de los derechos adquiridos en su artículo 2º, literal a), en los siguientes términos:

> ***"Artículo 2.-*** *Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*
>
> ***a.*** *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;(...)" (Subraya la Sala).*

Teniendo en cuenta las normas reseñadas, el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 2000[5] cuyos artículos 1º y 2º definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios.

Sobre este particular, estima la Sala conveniente trascribir los artículos 1º y 2º del referido Decreto Reglamentario 1794 de 2000:[6]

> *"**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 parágrafo 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%. Subraya la Sala).*
>
> *(...)"*

---

[3] *Ib.*
[4] *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.*
[5] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*
[6] *Ib.*

Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000[7] distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínima, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, ***quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.***

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,[8] 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,[9] cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir cómo sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".***

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial ***conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,[10] es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.***

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,[11] 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 1992[12] y el Decreto Ley 1793 de 2000,[13] 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.***

---

[7] *Ib.*
[8] *Ib.*
[9] *Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.*
[10] *Ib.*
[11] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*
[12] *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.*
[13] *Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.*

> *Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que **luego de la revisión integral de los Decretos 1793[14] y 1794[15] de 2000, en ninguno de sus apartes se 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%.***
>
> *En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.[16]*
>
> *Entiende la Sala sobre el particular, **que el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,[17] les respeta a los soldaos 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,[18] 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,[19] sólo percibía 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 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000[20] 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%."** (Negrilla y subrayas fuera de texto)*

En consecuencia, la Sala adopta el criterio jurisprudencial de Sala de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado por constituir precedente de obligatorio cumplimiento.

6.1.3. Caso concreto:

*En el plenario, obra a folio 31 la Hoja de Servicios No. 3-91107830 de 29 de enero de 2014, la cual evidencia que el señor **Juan Carlos Delgado Pérez** prestó sus servicios en el Ejército Nacional durante los siguientes periodos:*

---

[14] *Ib.*
[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] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*
[18] *Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.*
[19] *Ib.*
[20] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*

Rango:	***Desde:***	***Hasta:***
Soldado regular	*5 de diciembre de 1993*	*31 de diciembre de 1993*
Soldado voluntario	*1 de enero de 1994*	*31 de octubre de 2003*
Soldado profesional	*01 de noviembre de 2003*	*15 de enero de 2014*

*La hoja de servicios reportó como sueldo básico la suma de **$825.300**.*

*Para el año **2013** el SMLMV era de **$589.500,** en estas condiciones, el SMLMV incrementado en un 60%, como lo ordenaba la norma, reportaba un salario básico que ascendía a **$943.200.***

*En consecuencia, no queda duda que al demandante se le pagó como sueldo básico, **un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% y no en un 60%**, al que legalmente tenía derecho. Si bien, no obran todos los certificados de salarios devengados, lo cierto es que la tesis sostenida por la demandada, es decir, que ha pagado un SMLMV incrementado en un 40%, cuando ello es, precisamente, lo que la jurisprudencia ha encontrado contrario a derecho.*

6.1.3.1. De la modificación a la hoja de servicios:

*Revisadas las pretensiones de la demanda, ellas se contraen **exclusivamente** a solicitar **la liquidación de la asignación de retiro** tomando como base un SMLMV incrementado en un 60%, así se lee la pretensión segunda.*

*Conforme se lee en el acto administrativo que ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante, las consideraciones que fundamentan la decisión se contraen a lo **certificado en la hoja de servicios** (fl. 31).*

Si bien el demandante no solicitó la corrección de la hoja de servicios, sabido es que, al tenor de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 189 del CPACA fin de restablecer el derecho, el juez puede estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, sin que, en este caso, se trate de fallo extrapetita pues lo principal que es la reliquidación del derecho pensional está pedido.

*Como el Ministerio de Defensa Nacional, **citado al proceso**, expidió la hoja de servicios, deberá modificar tal certificación, para que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares proceda al reconocimiento pensional en los términos legales.*

Ahora, en la sentencia, el juez a quo ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reliquidar la asignación de retiro tomando como base la liquidación de un salario mínimo incrementado en un 60%; sin embargo, no dio orden alguna sobre la modificación de la hoja de servicios al Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional, con fundamento en que se trataba de un acto de trámite y declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Si bien resultan acertadas las consideraciones del juez de instancia para concluir, conforme a la jurisprudencia, que si es reconocida la pensión la hoja de servicios no pasa de ser un acto de trámite, no es menos cierto que, en este caso, la razón de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para negar la modificación de la cuantía en la asignación de retiro fue, precisamente, el valor reportado en ese documento que se expidiera para efecto del reconocimiento de la prestación, anular el acto demandado desconociendo el yerro de su fundamento, que no es otro que la hoja de servicios, haría que la ejecución de la orden judicial resultara incongruente.

Por ello, no se trata, como lo entiende el a-quo, de anular el acto de trámite sino de dar alcance a la previsión contenida en el inciso 3º del artículo 189 del CPACA de manera que ordenando tal modificación en la hoja de servicios se viabilice, con el sustento debido, y sin dejar de atender el derecho de defensa de la entidad que lo expidió, ordenar, si se quisiera, su reexpedición.

*En consecuencia, se adicionará la sentencia para para ordenar al Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional, que se expida la hoja de servicios certificando como sueldo básico la suma de **$943.200** (SMLMV 2013 más un 60%) sin que se trate de **reajuste salarial alguno** sino de la expedición del documento necesario para que al accionante se reconozca su asignación de retiro de conformidad con la norma.*

Finalmente, en tanto el demandante no recibirá pago alguno por concepto de las diferencias por sueldo básico, no hay lugar a ocuparse de descuento alguno por concepto de pago de aportes a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

6.1.3.2. De la legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional:

El juez de primera instancia declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, con fundamento en que si bien el actor laboró para el Ministerio de Defensa, ello no es suficiente para vincularla al proceso; además, dijo que para

el reconocimiento de la asignación de retiro únicamente se requiere la hoja de servicios con el fin de verificar el cumplimiento de los requisitos objetivos y no para determinar las partidas computables.

La Sala considera que en este caso, a más de estar en discusión la legalidad del acto administrativo que negó la reliquidación de la pensión, la pretensión lleva inmersa una discusión sobre la hoja de servicios puesto que la reliquidación deprecada por el actor parte de la certificación de ingresos u hoja de servicios.

Entonces, lo pretendido es la reliquidación de la asignación de retiro negada con fundamento en que la misma fue reconocida según lo consagrado en la Hoja de Servicios, situación sustancial que involucraba a un tercero, diferente al demandado, que es el empleador, en este caso, Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

En efecto, la demanda argumenta un derecho a devengar su salario incrementado en un 60% y no en un 40%, es decir, interesaría al caso, entonces, variar la información de la Hoja de Servicios, para viabilizar así que la asignación de retiro se reliquide conforme al salario que debió devengar y no el reportado por el empleador.

Lo anterior, por cuanto la liquidación de la pensión se fundamenta en lo devengado en el tiempo de servicios, es decir, existe una relación jurídica inescindible entre el acto de reconocimiento de la pensión o los que decidan sobre su reliquidación y los certificados de salarios o prestaciones, en el caso de las Fuerzas Militares, discriminados en la respectiva Hoja de Servicios.

Así entonces, para resolver la controversia planteada por el actor, era necesario que el emisor de la Hoja de Servicios interviniera en el debate procesal, pues sobre la base de lo reportado como salario, la Caja de Retiro negó el derecho en vía administrativa mediante el Oficio demandado, es decir, la discusión exige establecer si la asignación salarial fue incrementada legalmente.

En estas condiciones rompe el principio de economía que el interesado deba acudir al Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, para que reconozca la diferencia señalada, cuando lo que realmente se pretende es que ello tenga efectos en la asignación de retiro reconocida por CREMIL.

Así las cosas, tanto CREMIL como el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional gozan de legitimación sustancial en este proceso, el primero porque negó

el derecho y el segundo, en calidad de litisconsorte necesario, porque la Hoja de Servicios siendo sustento de la modificación pensional, debe ser también modificada. Nada podría decidirse sobre el reajuste a la asignación de retiro sino a partir de la modificación de la hoja de servicios, sin perjuicio de que, en este momento, tal decisión pudiera carecer de contenido económico, en tanto, se reitera, esta demanda ***sólo pretende un pago diferencial en la pensión.*** *Sin duda, debe existir concordancia entre la Hoja de Servicios y la liquidación de la asignación de retiro pues, se itera, ésta depende de lo reportado por el empleador como devengado para su liquidación.*

Por lo anterior, se revocará el numeral ***primero*** *de la sentencia de primera instancia.*

6.2. De la prima de antigüedad como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales:

En desarrollo de la Ley 923 de 2004, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004 "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", que en su Capítulo Primero reguló lo relacionado con la asignación de retiro. Este Decreto señaló en su artículo 13 las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

> *"**ARTICULO 13.** Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*
>
> *13.1 Oficiales y Suboficiales:*
> *...*
> *13.2 Soldados Profesionales:*
>
> *13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.*
>
> *13.2.2* ***Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.****"*

Así mismo, en su artículo 16, previó la asignación de retiro de los soldados profesionales, diferenciándola de la asignación de retiro para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, como se señala:

> *"**ARTICULO 16.** Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con*

> *veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, **adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad**. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes." Resaltado fuera de texto.*

La Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González, profirió sentencia de tutela en segunda instancia el 11 de diciembre de 2014, dentro del Expediente 2014-02292-01, Actor: Omar Enrique Ortega Flórez, dejando sin efecto la sentencia de 7 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-0105-01. Precisó lo siguiente en relación con la norma antes citada:

> *"En el caso concreto, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:*
>
> *(...)*
>
> *Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, **a partir de un porcentaje del salario mensual** que debe ser **adicionado** con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación "," que precede al verbo **"adicionado"**.*
>
> *En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo **"contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica"**, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo." Resaltado fuera de texto.*

Acoge la Sala el anterior criterio pues, sabido es que las asignaciones de retiro se rigen por el principio de oscilación, entonces, como la prima de antigüedad depende del tiempo de servicios, de no ligarse al valor del salario mínimo legal mensual vigente, que es, en últimas, el que determina anualmente el sueldo básico de los soldados profesionales en actividad, tal partida – la prima de antigüedad – quedaría congelada. En efecto, de calcularse el porcentaje sobre el valor devengado en

servicio activo, se mantendría la suma fija en el tiempo, lo cual rompe con el principio constitucional que ordena mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

Ahora, tampoco admite considerar que la partida prima de antigüedad computable en la asignación de retiro puede ser incrementada conforme al IPC tal como lo ordena la Ley 100 de 1993, pues los miembros de las Fuerzas Militares fueron excluidos de su aplicación y a esa fórmula únicamente se acude cuando el reajuste de la pensión de régimen especial resulta inferior, como lo ha reiterado la jurisprudencia.

En consecuencia, el 38.5% de la partida de prima de antigüedad se debe calcular sobre el 100% del sueldo básico de un soldado profesional, en aras a garantizar el cumplimiento del mandato constitucional.

6.2.1. Caso concreto

Tal como aparece consignado en la ***hoja de servicios Nº 3-91107830 de 29 de enero de 2014 (fl. 30 y vto.),*** *y se ratifica con* ***la Resolución Nº 1966 de 12 de marzo de 2014 -acto de reconocimiento de la asignación de retiro (folios 32-34)-****, el demandante estuvo vinculado a las fuerzas militares por* ***21 años 8 meses y 18 días*** *siendo retirado del servicio como soldado profesional.*

Para reconocer la asignación de retiro la entidad demandada aplicó el Decreto 4433 de 2004 los artículos 13 y 16. Al tenor de la jurisprudencia antes citada, al 70% del salario mensual debe ***adicionarse*** *el 38.5% del salario básico como partida de prima de antigüedad.*

El acto de reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, ***Resolución Nº 1966 de 12 de marzo de 2014,*** *ordenó en su artículo 1º el reconocimiento así:*

> *"- En cuantía del 70% del salario mensual (**Decreto 3068 de Diciembre 30 de 2013**) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000[21]).*
> *- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. (...)" (fl. 33)*

[21] *ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 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 sesenta por ciento (60%).*

Ahora, en la Certificación de Partidas Computables obrante a folio 36, se observa que la entidad accionada, liquidó la asignación de retiro de la siguiente forma:

		2014
SUELDO BÁSICO (SMLMV + 40%)		***$862.400***
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	***38,50%***	*$332.024*
SUBTOTAL		*$1.194.424*
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN		***70%***
ASIGNACIÓN DE RETIRO (Subtotal x 70%)		***$836.097***

La entidad accionada, al realizar la liquidación de la asignación de retiro, sumó la asignación básica y el 38.5% por concepto de prima de antigüedad y del valor resultante tomo el 70% para determinar la cuantía de la asignación de retiro. Lo anterior implicó que ***dedujo el 30% de estas partidas computables.***

Pero, a diferencia, la cuantía de la asignación de retiro[22] *se obtiene del 70% del sueldo básico adicionado en un 38.5% como prima de antigüedad computable,* ***proporción que se toma del 100% del sueldo básico****, tal como lo concluyó, en vía de tutela, la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 11 de diciembre de 2014, Expediente 2014-02292-01, Actor: Omar Enrique Ortega Flórez, antes citada.*

Así las cosas teniendo en cuenta que el retiro del demandante ocurrió el ***15 de enero de 2014***[23] *(fl. 31)* ***la prima de antigüedad****, como partida computable en la asignación de retiro, será el 38.5% del sueldo básico*[24]*, lo cual reporta un valor de* ***$379.456****, superior al tenido en cuenta por la demandada conforme a la certificación que obra al folio 36.*

Ahora, tal como lo ha venido señalando esta Sala, la sentencia, como título ejecutivo, debe ser claro, expreso y exigible, en consecuencia, la forma como el a-

---

[22] *ARTICULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al* ***setenta por ciento (70%) del salario mensual*** *indicado en el numeral 13.2.1,* ***adicionado*** *con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

[23] *El Decreto 3068 de 30 de diciembre de 2013 fijó a partir del primero (1°) de enero de 2014, como salario mínimo mensual la suma de $616.000.oo*

[24] *SMLMV fijado para 2014 adicionado en un 60: $985.600.*

quo ordenó el restablecimiento del derecho en el numeral ***tercero*** *de la sentencia no reporta las anteriores características. Lo anterior amerita su modificación.*

6.3. Conclusión:

Tal como ha quedado expuesto, no están llamados a prosperar los motivos de apelación y en la asignación de retiro del demandante, por tanto, se computará como factores ***el sueldo básico y la prima de antigüedad****, en los términos acá ordenados, calculados sobre el SMLMV para la fecha del retiro* ***(2014)*** *como se observa en la Certificación de Partidas Computables (fl. 36) así:*

70% del Salario Básico	***PRIMA DE ANTIGÜEDAD (38.5% del Salario Básico)***	***Asignación de Retiro***
689.920	*379.456*	*$1.069.376*

6.4. De la prescripción.

Sea lo primero señalar que, la prescripción de los derechos laborales de los miembros de la Fuerza Pública es de ***cuatro años****. En efecto:*

El artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 "Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares", dispuso el término de prescripción de la siguiente forma:

> *"ARTICULO 174. PRESCRIPCIÓN.* ***Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles****. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares." (Negrillas fuera de texto)*

Ahora, el Decreto 1433 de 2004 al regular el régimen prestacional de las Fuerzas Militares dispuso:

> *"Artículo 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto* ***prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles****.*

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual. (...)." (Destacá la Sala)

En sentencia de 4 de septiembre de 2008 proferida con ponencia del Consejero Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en el expediente con Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00107-01(0628-08) siendo actor Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dijo que no podía aplicarse el Decreto 4433 de 2004 en materia de prescripción por cuanto el Presidente de la República "...so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma; es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándose aplicación al Decreto Ley 1212 de 8 de junio de 1990..."

Luego, en providencia de 12 de febrero de 2009, la Subsección "B" de la misma Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve, actor Jaime Alonso Morales Bedoya, expediente con radicación No. 250002325000-2007-00267 (2043-08) frente a la aplicación del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 dijo "...Nótese que de la lectura de la norma trascrita, el Ejecutivo no se refirió a la prescripción de las asignaciones de retiro o pensiones causadas con anterioridad a su vigencia; circunstancia que permite afirmar que la prescripción trienal sólo es aplicable a los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004..."

Posteriormente la Subsección "A" en sentencia de 4 de marzo de 2010, con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara Quintero, expediente con radicación No. 25000-2325-000-2007-00240-01 (0474-09) actor Luis Eduardo Bustamante Rincón. Y, posteriormente, por la Subsección "B", Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 2 de febrero de 2012, radicación No. 11001-03-15-000-2011-01498-00(AC), que acogiendo el criterio expuesto en la sentencia de 2008, traída a colación en este análisis, concluyó "...Con base en las anteriores previsiones, la Sala considera que de conformidad con el precedente de esta Corporación ***la situación del accionante debió analizarse atendiendo a lo señalado en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990****, tal y como lo manifestó el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda." [25] (Negrillas fuera de texto)*

[25] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 2 de febrero de 2012, radicación No. 11001-03-15-000-2011-01498-00(AC).*

Posteriormente el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 2 de febrero de 2012, radicación No. 11001-03-15-000-2011-01498-00(AC), reiteró:

> *"En lo concerniente al fenómeno prescriptivo, objeto de la presente acción, se observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aplicó la prescripción trienal con fundamento en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004; sin embargo, en anterior oportunidad esta Corporación, al resolver un caso con contornos similares al presente, precisó*[26]*:*
>
> > *"De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.*
> >
> > *De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario; implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador. (...)*
> >
> > *Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional". (Resaltado original de la cita)*
>
> *Con base en las anteriores previsiones, la Sala considera que de conformidad con el precedente de esta Corporación **la situación del accionante debió analizarse atendiendo a lo señalado en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990**, tal y como lo manifestó el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda." (Negrillas fuera de texto)*

---

[26] *Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de septiembre de 2008, Actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, Expediente No. 0628-08, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.*

Implica lo anterior una línea jurisprudencial pacífica conforme a la cual el término para contabilizar la prescripción de las mesadas pensionales o de asignación de retiro es ***de 4 años*** *tal como lo dispone el Decreto 1211 de 1990.*

En lo que concieme a la prima de antigüedad, la asignación de retiro fue reconocida a partir del 15 de abril de 2014 (fl. 29 vto.) y la petición fue presentada el ***31 de julio de 2014*** *(fl. 33), apenas meses después. La primera petición fue respondida el* ***13 de mayo de 2014*** *(fl. 26) y la demanda fue presentada el* ***18 de junio de 2015*** *(fl. 38) cuando ni siquiera se habían cumplido 4 años desde el reconocimiento de la prestación. En consecuencia, ninguna diferencia pensional se vio afectada por prescripción.*

6.5. Costas:

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, en el escrito de alzada sostuvo:

> *En gracia de discusión, si el señor Juez decide emitir condena en contra de la Entidad de manera atenta le solicito se tenga en cuenta que desde el inicio del proceso se planteó por parte de la Defensa la excepción de prescripción, por lo que las pretensiones del demandante repito* ***"EN GRACIA DE DISCUSIÓN"*** *prosperarán parcialmente y legalmente válido de conformidad con lo expuesto exonerar a esta entidad de la condena en costas" (f. 175)*

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en ***sentencia de 7 de abril de 2016****, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01' Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:*

> *"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
>
> *a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCA- a uno "objetivo valorativo" -CPACA-.*
> *b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[27], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".

En lo que toca con las costas de segunda instancia, el artículo 188 del CPACA, previó que se aplicarían las normas del C.P.C. hoy Código General del Proceso.

Conforme al artículo 365 del CGP. "1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto..." A su vez, precisa el numeral 3° de esta misma norma que habrá condena en costas en segunda instancia cuando el superior confirme ***totalmente*** *la del inferior. Como en este caso la sentencia será modificada no se condenará en costas.*

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. ***Confirmar*** *la sentencia proferida del 17 de julio de 2017 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja que accedió parcialmente a las pretensiones en el proceso iniciado por Juan Carlos Delgado Pérez contra la*

[27] *"**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL y el Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional, en calidad de Litisconsorte necesario, excepto el numeral primero que se revoca y el numeral 3º que se modifica y quedarán así:

*"**Primero:** No prospera la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por el Ministerio de Defensa Nacional.*

***Tercero:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho ordenar a:*

*a) **La Nación – Ministerio de Defensa Nacional–Ejército Nacional** que expida la hoja de servicios No. 3-91107830 a nombre de JUAN CARLOS DELGADO PÉREZ, certificando como sueldo básico a diciembre de 2013 la suma de **novecientos cuarenta y tres mil doscientos pesos ($943.200).***

*b) **La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, reconocer y pagar la asignación de retiro a nombre de JUAN CARLOS DELGADO PÉREZ en cuantía de **un millón sesenta y nueve mil trescientos setenta y seis pesos ($1'069.376)**, con efectos a partir del 15 de abril de 2014. De la condena se deducirá el valor pagado por concepto de asignación de retiro."*

2. ***Sin costas** en esta instancia.*
3. *En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.*

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 3, de la fecha. Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, diciembre catorce (14) de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***José del Carmen Novoa Duarte***
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
*Expediente: 15001-33-33-014-**2015-00167**-01*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida el ***18 de mayo de 2017*** *por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por* ***José del Carmen Novoa Duarte.***

I. ANTECEDENTES

- ***Demanda (f. 4-13):***

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ***José del Carmen Novoa Duarte****, a través de apoderado judicial, pidió declarar:*

* *La nulidad* ***parcial*** *de la* ***Resolución No. GNR 436210 de 22 de diciembre de 2014****, expedida por la Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, por la cual se reliquidó la pensión de vejez (f. 22-24 vto.).*

* *La nulidad de la* ***Resolución No. VPB 43920 de 19 de mayo de 2015****, expedida por la Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones que, al resolver un recurso de apelación, resolvió confirmar en todas sus partes la resolución anterior (f. 29-31).*

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se reliquide y pague la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, es decir, entre el 1 de octubre de 2007 y el 30 de septiembre de 2008, con la inclusión de todos los factores salariales, a partir del 1 de octubre de 2008, fecha del retiro del servicio; que se realicen los ajustes de valor conforme al

IPC sobre las diferencias dejadas de reconocer desde el 1 de octubre de 2008 hasta cuando se pague en su totalidad la obligación; que se paguen intereses moratorios conforme lo establece el inciso 3 del artículo 192 del CPACA.

Como normas violadas señaló los artículos 2, 6, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; las Leyes 33 y 61 de 1985 y 1437 de 2011.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 137 y ss. c.2)

El Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la entidad demandada, por las siguientes razones:

Contrajo el problema jurídico a definir si el demandante tiene derecho a que se ordene la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

Precisó que, para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor contaba con 40 años de edad pues, nació el 24 de septiembre de 1953; en consecuencia, dijo, es aplicable el régimen pensional anterior, es decir, el contenido en la Ley 33 de 1985.

Luego de pronunciarse sobre el régimen de pensiones de las Leyes 33 y 62 de 1985, dijo que, la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los actores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. En el mismo sentido, consideró que para liquidar la pensión de la demandante se deben tener en cuenta todas aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé. Citó sentencia proferida por el Consejo de Estado el 25 de febrero de 2016 y concluyó que las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional no son aplicables al caso concreto, comoquiera que se trata a situaciones fácticas diferentes.

Descendiendo al caso concreto, realizó un análisis de los antecedentes administrativos y de los hechos probados y concluyó que se debe reliquidar la pensión en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, incluyendo en la base de liquidación además de la asignación básica, bonificación por servicios prestados y recargos nocturnos, la prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, a partir del 1 de octubre de 2008, fecha en que se dio el retiro definitivo.

Sobre la excepción de prescripción, indicó que al demandante se le reconoció la pensión el 10 de julio de 2009, presentó la solicitud el 30 de enero de 2014 y la demanda el 14 de septiembre de 2015, por tanto, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al ***30 de enero de 2011.***

Indicó que procedían los descuentos de los aportes que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, durante los últimos 5 años de su vida laboral, comprendido entre el ***1 de octubre de 2003 y el 30 de septiembre de 2008****, por prescripción extintiva.*

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, ***la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones****, parte demandada, presentó recurso de apelación (fl. 151 y ss.).*

Sostuvo que, conforme lo establece el régimen de transición, el beneficiario solamente mantiene la edad, el tiempo de servicio y el monto de la prestación; en consecuencia, aseveró, el régimen anterior no puede ser aplicado en su integridad. Citó las sentencias C-258 de 2013 y SU-427 de 11 de agosto de 2016 y dijo:

> *"...la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 que fue ratificada y extendida por la sentencia SU-230 de 2015, las rodea total credibilidad y obligatorio cumplimiento para los Jueces de la República, debido a que la jurisprudencia es fuente de derecho y adicional a ello bajo los mandatos jurisprudenciales de considerar el control abstracto de constitucional (sic.) realizado por la Corte como creador de Doctrina Constitucional; (...)" (fl. 153)*

Adicionalmente, sostuvo que la sentencia C-258 de 2013, establece en la ratio decidendi que el régimen de transición se aplica a aquellos que acrediten los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no solo a los Magistrados y Congresistas. Citó la sentencia SU-427 de 2016 proferida por la Corte Constitucional para decir que se varió el precedente jurisprudencial y se explicó que

el IBL se debe calcular con base en el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término de traslado para alegar de conclusión, la entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio, por su parte, el actor, ***José del Carmen Novoa Duarte,*** *sostuvo (f. 172 y ss.):*

Que la entidad accionada incurrió en violación a la Constitución y la ley y falsa motivación; que el demandante nació el 9 de julio de 1944, en consecuencia, adquirió el status el 9 de julio de 1997, es decir, es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto se deben incluir los factores: asignación básica, prima de alimentación, subsidio de transporte, prima de antigüedad o quinquenio, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad. Citó la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado.

Sobre el precedente de la Corte Constitucional, indicó que en la sentencia C-258 de 2013 expresamente se indicó que no se extendería sus efectos a otros regímenes pensionales; que la sentencia SU-230 de 2015 se pronunció sobre la situación pensional de un trabajador del Banco Popular. Citó las sentencias proferidas por el Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2016, radicación 2016-01334-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez; de 23 de marzo de 2017, radicación 2016-03366-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Solicitó se aplique la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010 y que se incluyan los factores salariales: asignación básica, recargos nocturnos, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

Finalmente, afirmó que se debe ordenar el descuento de los aportes sobre factores salariales, pero solo por 5 años de acuerdo con el precedente decantado por este Tribunal.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones contra la sentencia proferida el ***18 de mayo de 2017*** *por*

el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por ***José del Carmen Novoa Duarte.***

5.1. De la obligatoriedad de las sentencias de unificación.

La Ley 1437 de 2011, tiene como una de sus finalidades fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar ***procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa.***

Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de ***unificación jurisprudencial del Consejo de Estado*** *a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos.*

El artículo 270 del CPACA preceptúa:

> *"Para los efectos de este Código se tendrán como* ***sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido*** *el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social* ***o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia:*** *las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009." (Negrilla fuera de texto)*

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación previó:

> ***"Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.*** *Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia,* ***deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas"*** *-Resaltado fuera de texto. -*

En efecto, si la función de unificar los criterios e interpretaciones del ordenamiento jurídico está ***confiada a los órganos de cierre de las instancias en las distintas especialidades de la jurisdicción****, son estos criterios los que deben prevalecer ante las distintas interpretaciones de la ley que otros jueces de todo orden puedan tener en garantía de los bienes jurídicos prenombrados. De manera que el margen de interpretación normativa de las autoridades está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los altos Tribunales.*

5.2. De los factores salariales en el régimen de la Ley 33 de 1985 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010, expediente con Radicación No. 25000-2325-000-2006-7509-01, luego de examinar las distintas posiciones jurisprudenciales sostenidas por esa Corporación, se detuvo en señalar la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, el principio de progresividad que debe orientar las decisiones en materia de prestaciones sociales y el principio de favorabilidad que debe atenderse en la interpretación de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, concluyó que:

> *"...en consonancia con la normatividad vigente y las directrices trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación por sus servicios, **independientemente de la denominación que se les dé**, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, **entre otros**, sólo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador puede verse enfrentado.*
>
> *Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación-, esto es a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efecto de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*
>
> *No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como se expuso en las consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye **un referente normativo** que denuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir en el momento de efectuar el reconocimiento pensional." Resaltado fuera de texto.*

Así pues, en casos de reliquidación de pensiones de personas en régimen de transición de Ley 100 de 1993, el Consejo de Estado tiene sentados como criterios, en primer lugar, que el monto de la pensión no puede desprenderse del régimen anterior aplicable; y, en segundo lugar, que en materia de factores pensionales las Leyes 33 y 62 de 1985 los señalaron de manera enunciativa y, en consecuencia,

deben incluirse todos los que tengan carácter salarial devengados en el último año de servicios.

En consecuencia, la Sala adopta el criterio jurisprudencial de Sala de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado por constituir precedente de obligatorio cumplimiento.

5.3. De las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Sea lo primero reiterar que el pronunciamiento contendido en la Sentencia C- 258 de 2013 tuvo como destinatarios a los pensionados con régimen de Congresistas y a los Magistrados de Alta Corte[1], ello en interpretación del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992[2].

---

[1] *"...4.1.1. Alcance del control constitucional rogado de las leyes*

La Constitución confirió a la Corte Constitucional muy amplios poderes en orden a preservar la supremacía y la integridad del ordenamiento superior. Sin embargo, como elemento de garantía del sistema y de preservación del principio de separación de poderes, cuando la Corporación conoce de una demanda ordinaria de inconstitucionalidad, no puede ejercer un control oficioso sobre la constitucionalidad de todo el precepto u otras disposiciones, sino que su análisis debe circunscribirse a la norma acusada y a los cargos propuestos por el demandante.

En este caso, los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas; entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación -artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado -artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-.

En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros[1]. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes

En segundo lugar, no se pasa por alto, las distintas sentencias proferidas en vía de tutela por el Consejo de Estado en materia del IBL que corresponde aplicar a quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 que, dicho sea, no representan una línea pacífica, en tanto unas han considerado que debe ser el previsto en la Ley 100 de 1993 y otras, por el contrario, que debe aplicarse el establecido en la Ley 33 de 1985[3].

Ahora, la Sentencia SU-230 de 2015 lo que hizo fue es extender la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013.

Mención particular merece la sentencia de tutela proferida el ***15 de diciembre de 2016*** *proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Ponente Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en el proceso con Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01334-01, Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social – UGPP y demandados: Consejo de Estado Sección Segunda – otro, que dejó sin efecto la sentencia de unificación que profiriera la Sección Segunda del Consejo de*

---

especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992."
Subrayado y resaltado fuera de texto.

[2] *"ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.*
PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

[3] *Las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de mayo de 2016 con ponencia del Consejero Doctor Alberto Yepes Barreiro en el proceso radicado No. 11001-03-15-000-2016-00132-01, siendo accionado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A y por el Consejero Doctor Carlos Moreno Rubio en el expediente Radicado No. 11001-03-15-000-2015-03135-01 en la que fue demandado el Tribunal Administrativo del Cesar, coinciden en señalar que, en materia del IBL de pensiones, cuando se trata de resolver casos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe seguirse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 conforme a las cuales, el mencionado asunto debe dilucidarse atendiendo las previsiones de la Ley 100 de 1993 y no las señaladas en el régimen anterior. Por el contrario, la sentencia de tutela proferida en el Expediente con Radicación No. 11001031500020160009400 el 22 de septiembre de 2016, con ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera señaló el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, por consecuencia, en vía de hecho.*

Estado sentencia el 25 de febrero de 2016 dentro del proceso número 25000 2342 000 2013 01541-01 (4683-2013) con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve en la que, en vía ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho, había determinado que para los beneficiarios del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el IBL era el determinado en la Ley 33 de 1985.

Ahora, en cumplimiento de la sentencia de tutela acabada de mencionar, la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia de reemplazo el 9 de febrero de 2016[4] providencia que inició sus consideraciones con la siguiente precisión "Desde ahora, la Sala advierte que la sentencia en los términos que aquí se adopta obedece, simple y llanamente, al cumplimiento del fallo de tutela del 15 de diciembre de 2016, empero, no constituye una modificación al criterio interpretativo que del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993, ha sostenido la Sección Segunda de esta Corporación..." postura que se concreta en las conclusiones[5]. En estas condiciones, esta decisión no tiene el carácter de precedente en cuanto su decisión.

---

[4] Consejero Ponente Doctor Cesar Palomino Cortes

[5] "...5. Conclusiones:

5.1. El Consejo de Estado, reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo.

5.2. No se hace evidente que el reconocimiento pensional, bajo el criterio del Consejo de Estado afecte las finanzas públicas, menos cuando el impacto fiscal no pueden limitar el acceso a las prestaciones sociales y pensionales. Además, ha sido línea jurisprudencial de esta Corporación ordenar los descuentos para efectos de cotización, sobre los factores salariales que no se hubieren hecho, pues se repite, en Colombia, no hay pensiones graciosas, salvo, la especialísima del personal docente.

5.3. La mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componente de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.

5.4. En el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra consagrado el principio de favorabilidad y conexo a éste, el principio de inescindibilidad, en la medida que la norma que se adopte debe aplicarse en integridad y se prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales. Al escindir la norma se compromete el derecho a la igualdad en materia laboral, el principio de favorabilidad de raigambre constitucional, los derechos prestacionales ciertos e indiscutibles que contiene el mínimo de beneficios en favor de la parte más débil de la relación laboral y su efectividad.

5.5. La regla de interpretación insita en la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con la sentencia SU-530-15 y T-615-16, a todos las situaciones amparadas por el régimen de transición, y cobijadas tanto leyes generales como especiales anteriores a la ley 100 de 1993, no contiene todos los elementos necesarios para resolver cada uno de los casos particulares del régimen de transición que ocupan la atención de esta Corporación como órgano de cierre y que constituyen el precedente en la jurisdicción Contenciosa Administrativo.

5.6 Aplicarse de tajo la línea jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en las pensiones amparadas por regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad, y favorabilidad, compromete los derechos fundamentales del pensionado. También compromete la autonomía del juez contencioso administrativo, que es el único

Cabe resaltar que el máximo Tribunal de cierre de la jurisdicción contenciosa en decantada jurisprudencia ha señalado que ***el régimen de transición implica el monto*** *y que cuando se acude a la norma anterior para efectos pensionales debe respetarse el principio de inescindibilidad que impone la aplicación integral de la norma,* ***criterio que ha imperado por casi 20 años de manera invariable.***

Sobre el tema el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, ha sostenido de ***forma pacífica****, que el régimen precedente relativo a edad, tiempo de servicio* ***y monto de la pensión****, aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo,* ***regula la materia relacionada con el ingreso****, así quedó precisado en la sentencia de septiembre 21 de 2000 Expediente No. 470/99 Consejero Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda. Igualmente, sobre los alcances del régimen de transición la Sección Segunda – Subsección "B" del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, sostuvo que "...son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio. En el casa presente, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen...". Aspecto que de forma aún más amplia y con análisis de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, se abordó en la sentencia proferida el 9 de febrero de 2017 por la* ***Sala Plena*** *de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que por su importancia se cita en extenso:*

> *"...La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha entendido, en materia pensional que el "monto": hace referencia "no sólo al porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección."*[6]
>
> *La referida Corporación, sobre ese tópico, ha precisado que:*
>
> *"...'monto' ...suma de varias partidas...advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra monto...no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir, el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de la pensión es sólo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra* ***monto de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho*** *que*

---

competente constitucionalmente, para el control de legalidad de los actos administrativos particulares y concretos a la luz de los principios constitucionales y legales.

[6] *Consejo de Estado. Sentencia de Unificación del 26 de febrero de 2016*

precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de factores que deben tenerse en cuenta..."[7]

También, sobre el mismo concepto, ha expresado esta Alta Corporación, que:

"...interpretación del Consejo de Estado ha sido uniforme desde hace 20 años respecto del concepto de "monto", entendiendo que el monto e ingreso base de liquidación, es solo un concepto, el cual se caracteriza por ser inescindible..."[8]

Por su parte, la Corte Constitucional, sobre la noción de "monto", ha entendida que:

"...el monto de la pensión de vejez (entendido como porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación)"[9]

"...el concepto de monto debe comprender tanto el ***porcentaje*** *aplicable como la* ***base reguladora*** *señalada en dicho régimen,... el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible..."*[10] *(negrilla fuera de texto)*

La misma Corte Constitucional, adujo en relación con el concepto de monto, ha identificado dos acepciones: "en cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho."[11]

*En igual sentido, el concepto de "base reguladora", ha sido entendida en la doctrina española y en el contexto de la seguridad social, como la "****media aritmética de las bases de cotización actualizadas de los últimos ... años cotizados****, eliminando las pagas extras y actualizando las bases de cotización más antiguas en función del IPC acumulado desde el año que se considera la base de cotización a la fecha de jubilación...conseguir una pensión de jubilación con un importe elevado requiere tener muchos años cotizados, al menos más de 30 y unas* ***bases de cotización lo más altas posibles*** *en los últimos quince años de la vida laboral*[11] *(negrilla del texto)*

Por su parte, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL-, indica que: "El concepto tasa de reemplazo hace referencia a la relación entre el nivel de la pensión y el nivel de ingresos con que se realizaron las aportaciones a lo largo del ciclo laboral del individuo.[12]

Colorario de lo anterior, es que los componentes de la pensión en su doble naturaleza, por un lado se relacionan entre sí, y por otro, con la noción de salario como unidad de medida para efectos pensionales.

---

[7] *Consejo de Estado. Radicación 470-99 sentencia del 21 de septiembre de 2000. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.*

[8] *Consejo de Estado, Radicación 4683-2013 .Sentencia 19 de noviembre de 2015 C.P. Gerardo Arenas Monsalve*

[9] *Corte Constitucional. Sentencia T-1225-08*

[10] *Corte Constitucional SU230/15. Sentencia del 29 de abril de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*

[11] *T-060 de 2016*

[12] *Consulta en ULR http://www.cepal.org/es/publicaciones/7020-determinantes-tasas-reemplazo-pensiones-capitalizacion-individual-escenarios*

Así por ejemplo, las normas invocadas en el acápite anterior, muestran que el legislador inicialmente fijó el monto de la pensión sobre el 75% del promedio del ***salario devengado*** *y posteriormente sobre 75%* ***el salario cotizado****, finalmente establece el principio que el monto de la pensión debe mantener una relación directa y proporcional al monto de cotización y a las semanas cotizadas.*
(...)

Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

También, el artículo 36, inciso 3°, de la Ley 100 de 1993 fija una regulación específica del ingreso base de liquidación e indica la forma de establecerlo, lo hace en similares términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993, que es el propio para establecer el ingreso base de liquidación de pensión amparada integralmente por la ley 100 de 1993. Entonces, la referida regla no debe aplicarse al régimen de transición menos cuando el régimen anterior contiene todos los componentes de la pensión, entre ellos, indica cómo establecer el ingreso base de liquidación.

Escindirse el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a la situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

La Corte Constitucional, respecto del principio de prohibición de regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, ha señalado:

"El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional."[13]
(...)

De manera que, si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional, inicialmente coincidió en la noción de salario en sentido amplio, y en el concepto de monto e ingreso base de liquidación como una unidad inescindible, los que en el contexto del régimen de transición, debía aplicarse el régimen anterior en integridad, lo que guarda concordancia con

[13] *Corte Constitucional sentencia C-288-11. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.*

la línea jurisprudencia del Consejo de Estado, empero, finalmente aquella Alta Corporación, concluyó que el ingreso base de liquidación, no hace parte del régimen de transición y que debe establecerse con reglas contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente que los factores para ese fin, solo pueden tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

En esas condiciones se evidencia que la Corte Constitucional mutó su tesis en relación con la interpretación del régimen de transición. También en ese contexto la noción de salario, pues la restringió al indicar que los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión, son únicamente sobre los que se hubiere cotizado.
(...)

(x).- Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta e principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios;"[14]

Lo esbozado a lo largo de esta providencia, autorizan a la Sala para reiterar la tesis dominante en esta Corporación y sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario y de aplicar de tajo la tesis de las sentencias C-258-13, SU-230-15 y T-615-16 de la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición es, simple y llanamente, atentatorio de los principios de progresividad y favorabilidad y compromete los derechos laborales de rango fundamental.

Sumando a lo anterior, no se trata simplemente de discrepancias en la interpretación del régimen de transición, sino que en realidad de verdad lo que se evidencia es un problema estructural, que radica en la tendencia de adoptar como política pública una posición restrictiva de la noción de salario en aras de la estabilidad de las finanzas estales, lo que no es nuevo, sino que remonta a los años ochenta.

Ahora bien, la Sala recuerda que el Acto Legislativo 03 de 2011, que eleva a rango constitucional el principio de sostenibilidad fiscal, previó:

***"ARTÍCULO 1°.** El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:*

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado

***PARÁGRAFO.** Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.*

---

[14] *Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), sentencia de 24 de noviembre de 2015. MP. Gabriel Valbuena Hernández.*

> *En este orden de ideas, es evidente que los derechos fundamentales tienen primacía sobre las finanzas públicas y estas debe ser el mecanismo para alcanzar de manera progresiva los fines del Estado Social de Derechos entre éstos la garantía de los derechos fundamentales..."*[15] *(Subrayado fuera de texto original)*

A más de lo anterior, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, proferida con ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera[16] *señaló* ***el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado****, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, por consecuencia, en vía de hecho. Se dijo allí:*

> *"...Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional*[17]*, según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
> *(...)*
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015, no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*
> *(...)*
> *En ese orden de ideas, se tiene que el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la sentencia de 25 de noviembre de 2015*[18]*, efectuó una debida interpretación de la norma aplicable al caso, toda vez que le dio el alcance, tanto al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con el régimen de*

---

[15] *Radicado 25000 2342 2000 0130 1541 00 No. Interno 4683*

[16] *Expediente: 11001031500020160009400*
[17] *Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.*

[18] *Proferida en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el número 05-001-33-33-009-2013-00410-01, promovido por la señora MARÍA OTILIA MARTÍNEZ MONTOYA en contra de PENSIONES DE ANTIOQUIA.*

> *transición para los empleados públicos, como a la Ley 33 de 1985; acogiendo de manera integral la jurisprudencia del Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo.*
>
> *En cuanto a la debida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cabe recordar que este fue determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995, que estudió la exequibilidad de ese artículo, precedente que, de conformidad con la jurisprudencia[19] de esa Corporación, resulta de obligatoria acatamiento.*
> *(...)*
> *En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[20], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo: que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993...." (Subrayado fuera de texto)*

Decisión que fuera confirmada el 2 de febrero de 2017 por la Sección Segunda, Subsección "A", con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández, con la siguiente conclusión:

> *"...Atendiendo los anteriores planteamientos, la Sala concluye que el Tribunal Administrativo de Antioquia no incurrió en el defecto sustantivo alegado porque como se vio empleó las normas vigentes y aplicables al caso puesto en su conocimiento, esto es, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985, interpretadas a la luz de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por esta Sección del Consejo de Estado.*
>
> *En ese sentido, tampoco existe la violación del precedente deprecada por PENSIONES DE ANTIOQUIA toda vez que el Tribunal utilizó, para solucionar el debate jurídico, los parámetros dictados por esta Corporación en relación a la normativa aplicable al ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión de jubilación de la demandante, en consecuencia su proceder no transgredió el derecho constitucional al debido proceso razón por la cual la providencia impugnada será confirmada..."*

Adicionalmente, ha de resaltarse que, en sentencia de tutela proferida también por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio el ***23 de marzo de 2017****, expediente con Radicación No.: 11001-03-15-000-2016-03366-01 señaló:*

---

[19] *Ver sentencias C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-640 de 1998.*
[20] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 25 de febrero de 2015, Expediente radicada número: 25000234200020130154101, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.*

"...En esa medida, en el presente caso se presenta el defecto alegado por la parte demandante, pues si bien el a quo para acceder al amparo deprecado tuvo en cuenta la presentación de la demanda ordinaria, lo cierto es que las autoridades judiciales acusadas no consideraron que la interpretación de las normas que rigen el régimen de transición, así como de las reglas contenidas en ***las sentencias que constituyen precedente, no podía oponérsele a la tutelante sin tener en cuenta el momento en que se consolidó su derecho pensional.***

En igual sentido, se advierte que la administración en su momento debió reconocer el derecho a la actora ***con observancia en las normas aplicables al caso concreto y al criterio del máximo órgano jurisdiccional competente sobre la materia, sin que el cambio legislativo o la interpretación constitucional que se hiciera frente a una norma****, como lo fue el que efectuó la Corte Constitucional con la sentencia C-258 de 2013, variara la decisión que en derecho correspondía.*

De otra parte, la Sala no puede ignorar que es la misma Constitución Política en su artículo 48 la que establece que: i) el derecho pensional se adquiere al momento de cumplir los requisitos de edad, tiempo de servicio, semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley; ii) se deben respetar los derechos adquiridos; y, iii) por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.[1]

Por lo que, se concluye que los jueces ordinarios si bien conocieron y respetaron las reglas que fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, lo cierto es que no tuvieron en cuenta que ***su aplicación dependía de la época en que se consolidó el derecho pensional del empleado, el cual, para el caso concreto se enmarcaba en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con la sentencia del 4 de agosto de 2010.***

De manera que, es preciso poner de presente que dichas autoridades judiciales ordinarias, de conformidad con los artículos 228, 230, 241 y 243 de la Constitución Política de Colombia, gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y, en sus providencias, solo están sometidas al imperio de la Ley. No obstante, ello debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos del pensionado, ***quien logró la materialización de manera legal su derecho pensional, por lo que mal podría aplicarse de forma retroactiva una tesis sobre la interpretación normativa del régimen de transición propuesta años después de la consolidación de su derecho prestacional****..." (Resaltado fuera de texto)*

Y, tampoco deja de mencionarse la sentencia proferida por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 12 de julio de 2017, en el proceso con radicación número 11001-03-15-000-2017-01454-00 con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, Sala de la que hizo parte el Honorable Consejero que hoy estudia el caso, analizando allí las tesis de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para concluir que, ante la diferencia de criterios, el juez puede adoptar la que considere apropiada, ***en virtud a la libertad de interpretación y autonomía del juez.*** *Al respecto, sostuvo:*

"...En efecto, la autonomía e independencia de los jueces reconocida a nivel constitucional (C.P. Artículos 228 y 230), son facultades que le otorga el Estado y cuya limitación se enmarca por la constitución y las leyes.
Desde esa perspectiva, los jueces de la República en su labor de administrar justicia pueden a través de una carga argumentativa suficiente, clara y explícita aplicar e interpretar los mandatos abstractamente definidos por el legislador; de igual forma, apartarse de los dictados de los fallos de sus superiores o adoptar una de las tesis cuando sobre el mismo asunto versen diversas posiciones.

Es precisamente de esta prerrogativa de la cual se revisten los funcionarios judiciales para optar la interpretación que según su leal saber y entender considere más apropiada y frente a la cual le está vedado al juez constitucional cualquier consideración; máxime cuando el juez natural en un legítimo ejercicio de la autonomía e independencia judicial decidió razonablemente una de las posiciones que puede asumirse sobre el tema en discusión.

"En esa medida, no es cierto como el accionante lo afirma que el ad quem desconoció la posición de esta Corporación, sino que ***acogió su decisión con fundamento en la interpretación que consideró era la correcta respecto a los factores salariales y el IBL que debía aplicarse para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985.***

Por lo tanto, ***no puede afirmarse que la autoridad demandada hubiese incurrido en desconocimiento del precedente judicial*** *del Consejo de Estado o en un defecto sustantivo, toda vez que decidió acoger una de las posiciones desarrolladas al respecto por las Altas Cortes.*

Igualmente, la Subsección encuentra que la decisión cuestionada cuenta con la carga argumentativa suficiente, lo que obliga a descartar la vulneración de derechos fundamentales alegados.

Finalmente, debe aclararse que el criterio que venía aplicando esta Subsección, en sede de tutela, en casos similares al que hoy es objeto de estudio, era la posición sostenida por esta Corporación en los precedentes fijados en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 por el Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila y el 25 de febrero de 2016 por el Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

Sin embargo, asumirá como nueva tesis la desarrollada en la presente acción de amparo, ***en aras de garantizar el respeto al principio de autonomía e independencia judicial que asiste a las autoridades judiciales.***
En conclusión: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A al proferir el fallo del 30 de noviembre de 2016 no incurrió en un defecto sustantivo ni en desconocimiento del precedente, toda vez que ***ante las diferencias de criterios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado podía optar por una de ellas.*** *" –Negrilla fuera del texto original-.*

En ese orden de ideas, se aplicará al caso el criterio unificado de la Sección Segunda en el sentido de admitir que el monto de la pensión es parte integral del

sistema transicional de pensión y que los factores a tener en cuenta, para estos casos, son todos aquellos que constituyen salario.

Se adopta pues el criterio expuesto por el Consejo de Estado, no solo por preservar los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, sino porque, además, a juicio de esta Corporación, garantiza los derechos adquiridos y respeta los principios de progresividad y favorabilidad de los derechos laborales; e igualmente los principios de confianza legítima y progresividad que protege el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y considera como un compromiso por parte del Estado, para garantizar la efectividad de los derechos laborales, criterio que ha expuesto el Consejo de Estado y que este Tribunal comparte plenamente.

Bajo el anterior esquema se examinará el caso concreto.

5.4. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

*Esta Corporación en sentencia de 19 de febrero de 2016, radicado 15238-3331-703-**2014-00096-**01, se ocupó de analizar lo relativo al periodo de los descuentos en aportes a pensión, cuando en virtud de la aplicación de la sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010, se incluyen en la reliquidación pensional, nuevos factores respecto de los cuales no se ha realizado el correspondiente descuento.*

*Examinó en tal providencia el **carácter parafiscal** de los aportes a la Seguridad Social[21] y señaló que conforme al Título XVII del E.T. artículo 187 **la acción para su cobro prescribe en el término de cinco (5) años**, criterio sostenido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencias de 26 de marzo de 2009[22] y 2 de diciembre de 2010[23].*

---

[21] C- 711 de 2001 "(...)Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal. (...)"

[22] Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Banco de Bogotá contra el Instituto de Seguros Sociales, en sentencia de 26 de marzo de 2009.

[23] Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, sentencia de 2 de diciembre de 2010.

Así las cosas, si bien es cierto que la pensión surge como consecuencia del ahorro mediante los aportes efectuados durante toda la vida laboral, no lo es menos que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe, además, como se ha precisado, en ánimo a salvaguardar los derechos de personas de protección constitucional especial, como son los pensionados.

Como corolario de lo expuesto, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, lo ***es durante toda la bien laboral,*** *no es menos cierto que ésta –la obligación- se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales.*

En suma, en este caso, se ordenará realizar los descuentos sobre el retroactivo ***durante los últimos cinco (5) años laborados****, por prescripción extintiva de la obligación, criterio que ha adoptado ya en forma retirada este Tribunal*[24]*.*

Se precisa acá que, a juicio de esta Sala, ***en este aspecto la sentencia es constitutiva de la obligación*** *en tanto, antes que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ni el Estado, ni el empleado estaban obligados a aportes por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985 y, en cualquier caso, si de aquellos a los que estaba obligado en los términos de la mencionada ley, algunos dejaron de efectuarse, tal deber de cobro tenía que ejercerse en los términos de imprescriptibilidad que antes se explicaron.*

En consecuencia, sólo cuando el demandante – pensionado – pide la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador ***respecto de los factores distintos*** *a los que se señalaron en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.*

---

[24] *Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2, sentencias de 11 de marzo de 2016 con radicación No. 2013-00080-02; 2015-00040-02; 2014-00513-00, con ponencia del doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana. Así mismo, sentencias proferidas por la Sala de Decisión No. 3 con ponencia de la suscrita magistrada de fecha 8 de marzo de 2016 y radicación número 2013-00212-02, 2013-00027-01, 2013-00200-02 y 2013-00379-02.*

Por último, dirá la Sala que aplicar la prescripción a los aportes parafiscales, resulta equitativo si se tiene en cuenta que, a las mesadas pensionales también, de ser procedente, se aplica la prescripción propia de los derechos laborales.

VI. Del Caso Concreto.

6.1. De lo probado.

El señor José del Carmen Novoa Duarte, a través de apoderado, solicitó se declare:

- *La nulidad **parcial** de la **Resolución No. GNR 436210 de 22 de diciembre de 2014**, por la cual se reliquidó la pensión de vejez (f. 22-24 vto.).*

- *La nulidad de la **Resolución No. VPB 43920 de 19 de mayo de 2015** que, al resolver un recurso de apelación, resolvió confirmar en todas sus partes la resolución anterior (f. 29-31).*

*El demandante nació el **24 de septiembre de 1953** (f. 18); adquirió el status de pensionado el **24 de septiembre de 2008**; prestó sus servicios en la ESE Centro de Rehabilitación Integral de Boyacá desde el **5 de junio de 1947 hasta el 30 de septiembre de 2008**, en el cargo de Auxiliar Área de Salud (f. 22).*

*Por Resolución No. 121 de 22 de septiembre de 2008, expedida por el Gerente de la ESE Centro de Rehabilitación Integral de Boyacá, se aceptó la renuncia del actor al cargo de Auxiliar Área de Salud, a partir del **1 de octubre de 2008** (f. 35).*

6.2. De los Antecedentes Administrativos:

*Mediante la Resolución No. 30644 de 1 de enero de 2009, se reconoció a favor del señor José del Carmen Novoa Duarte, en cuantía de **$840.226,00**, efectiva a partir del 1 de octubre de 2008.*

*Por Resolución No. GNR 436210 de 22 de diciembre de 2014, se reliquidó la pensión conforme a la Ley 33 de 1985, en cuantía de **$975.627,** efectiva a partir del 30 de enero de 2010 por el fenómeno prescriptivo (f. 22-24); indicó que para los años 2011 a 2014, el valor de la mesada sería el siguiente:*

- *2011: $1.006.554*

- *2012: $1.044.098*
- *2013: $1.069.574*
- *2014: $1.090.324*

Contra la anterior resolución, el demandante presentó recurso de apelación, no obstante, fue resuelto desfavorablemente a través de la Resolución No. VPB 43920 de 19 de mayo de 2015.

6.3. De los factores salariales:

Según el certificado de devengados obrante a folio 34, en el último año de servicio, esto es, desde el ***1 de octubre de 2007 a 30 de septiembre de 2008****, el señor José del Carmen Novoa Duarte devengó los factores:* ***asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, recargos nocturnos;*** *en efecto, su inclusión fue ordenada por el a quo.*

6.4. Modificación de la sentencia

A efecto de lograr que la sentencia sea un título ejecutivo es decir que contenga una obligación ***clara, expresa*** *y exigible, se modificará la sentencia para determinar las diferencias que se causaron en cada mesada pensional y se ordenará su reliquidación* ***desde el momento de causación del derecho****.*

Sobre el factor ***recargos nocturnos,*** *observa la Sala que la entidad certificó el total de lo devengado de enero a septiembre de 2008; sin embargo, para 2007 no se especificó a qué meses correspondía la suma que se reporta. Se afirma que la suma reportada en ese año atañe al total anual.*

En consecuencia, para incluir ese factor sobre el periodo causado en 2007, el total devengado se dividirá en 12 meses y se multiplicará por el tiempo que comprende el último año de servicios, es decir, desde octubre a diciembre que equivale a 3 meses.

Así entonces, la liquidación es la siguiente:

Mes (01/10/07 a 30/09/08)	***Asignación básica***	***Recargos Nocturnos***	***Prima de navidad***	***Prima de servicios***	***Prima de vacaciones***	***Bonificación por servicios prestados***
Octubre	*1.049.290*					
Noviembre	*1.049.290*					
Diciembre	*1.049.290*	*269.289*	*292.940*		*140.611*	
Enero	*1.143.726*					
Febrero	*1.143.726*					
Marzo	*1.143.726*					
Abril	*1.143.726*					
Mayo	*1.143.726*					
Junio	*1.143.726*			*588.543*		*400.304*
Julio	*1.143.726*					
Agosto	*1.143.726*					
Septiembre	*1.143.726*	*693.269*	*953.657*		*613.065*	
Total Ingreso	***13.441.404***	***962.558***	***1.246.597***	***588.543***	***753.676***	***400.304***
Promedio Anual	***1.120.117***	***80.213***	***103.883***	***49.045***	***62.806***	***33.359***
IBL	***1.449.424***					
IBL *75%	***1.087.068***					

Valor reconocido por la R. 30644/2009	*$ 840.226*
VALOR RELIQUIDADO	*$ 1.087.068*
DIFERENCIA	***$ 246.842***

Entonces, según lo probado, mediante la Resolución No. 30644 de 2009, se reconoció la pensión en cuantía de ***$840.226,*** *efectiva a partir del 1 de octubre de 2008; no obstante, con la inclusión de los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio, el valor mensual de la pensión es de $1.087.068, es decir, dejaron de pagarse* ***$246.842*** *mensuales, valor que debe ser reajustado anualmente conforme al IPC[25] , lo cual reporta las siguientes diferencias mensuales faltantes en la pensión reconocida:*

[25] *ARTICULO. 14.- Reajuste de pensiones. Reglamentado por el Decreto Nacional 36 de 2015. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.*

AÑO	*IPC*	*PENSIÓN MENSUAL*	***Valores reconocidos por la R. 436210/2014***	***DIFERENCIA MENSUAL***
2008		*1.087.068*		*246.842*
2009	*7,67%*	*1.170.446*		*265.774*
2010	*2,00%*	*1.193.855*	*$ 975.554*	*218.301*
2011	*3,17%*	*1.231.700*	*$ 1.006.554*	*225.146*
2012	*3,73%*	*1.277.642*	*$ 1.044.098*	*233.544*
2013	*2,44%*	*1.308.817*	*$ 1.069.574*	*239.243*
2014	*1,94%*	*1.334.208*	*$ 1.090.324*	*243.884*
2015	*3,66%*	*1.383.040*		*252.810*
2016	*6,77%*	*1.476.672*		*269.925*
2017	*5,75%*	*1.561.580*		*285.446*

Las diferencias serán pagadas a partir del ***30 de enero de 2011,*** *en razón a la prescripción declarada.*

En consecuencia, se modificará el numeral ***cuarto*** *de la sentencia de primera instancia.*

7.4. De la Sentencia SU-427 de 2016:

La Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de ***11 de agosto de 2016*** *en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:*

> *"...5.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[26] de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.*
>
> *5.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la*

[26] *En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."*

Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y ***que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación***[27]*.*

5.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ***ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario***[28]*, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijadas por la transición,* ***obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral****, y por el contrario,* ***representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva*** *(...)."*

5.14. ***En dichos eventos****, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013,* ***los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral****, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen* ***vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos*** *(...)."*[29]

5.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, ***evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión****..." (Resaltado fuera de texto)*

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado, enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un **abuso del derecho** que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta

---

[27] *Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*
[28] *Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.*
[29] *Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), "si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "...Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral."

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, la siguiente fue la historia laboral del demandante en los últimos 10 años de servicios, período que se justifica atender en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional podría llegar a denotar abuso del derecho:

Periodo	***Cargo***	***Entidad***
5 de junio de 1947 hasta el 30 de septiembre de 2008	*Auxiliar Área de Salud*	*ESE Centro de Rehabilitación Integral de Boyacá*

Adicionalmente, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia, fueron los que durante el último año de su historia laboral se devengaron, sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos.

En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

7.5. De los descuentos por aportes al empleado.

*Los **aportes para pensión** se harán sobre los factores que se incluyen en virtud de esta sentencia, atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral, por prescripción extintiva.*

*La demandante, está obligado al pago del aporte a su cargo, atendiendo para ello el porcentaje establecido en **la ley vigente para cuando se efectuó el pago.** En el caso de la demandante, en cualquier caso, el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.*

*Ahora, los últimos 5 años de trabajo ocurrieron entre el **1 de octubre de 2003 y el 30 de septiembre de 2008,** periodo para el cual, en materia de aportes para*

pensión se ***aplicaba el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, reglamentada por el Decreto 510 de 2003.*** *Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.*

7. De las costas.

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

> *"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
> ***a)*** *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.*
> ***b)*** *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
> ***c)*** *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
> ***d)*** *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
> ***e)*** *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
> ***f)*** *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el*

CGP[30], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".*

Ahora bien, dado que en los términos del numeral 3º del artículo 365 del CGP, habrá condena en costas en segunda instancia cuando el superior confirme ***totalmente*** *la del inferior, y como quiera que en este caso la sentencia será modificada, no se condenará en costas.*

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. ***Confirmar*** *la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja el* ***18 de mayo de 2017****, en el proceso iniciado por* ***José del Carmen Novoa Duarte*** *contra la Administradora Colombiana de Pensiones, excepto el numeral* ***cuarto*** *que se modifica. En su lugar se dispone:*

> ***"Cuarto****: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, la Administradora Colombiana de Pensiones pagará las* ***diferencias*** *de los factores dejados de reconocer en la pensión de jubilación pagada a José del Carmen Novoa Duarte, identificado con cédula de ciudadanía 6.756.133 de Tunja,* ***a partir del 30 de enero de 2011****, en* ***cuantía mensual*** *de:*

AÑO	*DIFERENCIA MENSUAL*
2011	*225.146*
2012	*233.544*
2013	*239.243*
2014	*243.884*
2015	*252.810*
2016	*269.925*
2017	*285.446*

[30] *"ARTÍCULO 365. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*

Parágrafo: *La pensión a reconocer a partir de la ejecutoria de esta sentencia será de* ***UN MILLÓN QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS ($1.561.580)****. En adelante, la Administradora Colombiana de Pensiones, aplicará a la mesada pensional los reajustes anuales, conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 o las normas que la modifiquen."*

2. ***Sin costas*** *en esta instancia.*

3. *En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.*

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: José del Carmen Novoa Duarte
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15001-33-33-014-2015-00167-01

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 6
MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 12 DIC 2017

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EUCLIDES VALEST SILVA
DEMANDADO: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP
RADICADO: 150013333015201500031O1

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad accionada contra la sentencia proferida el 1º de noviembre de 2016 por el Juzgado Quince Administrativo de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda y se declaró la prescripción de las mesadas pensionales, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por el señor **EUCLIDES VALEST SILVA** contra la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP.**

II. ANTECEDENTES

2.1.- LA DEMANDA. Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **EUCLIDES VALEST SILVA** solicitó que se declarara la nulidad parcial de la resolución No. 9579 del 10 de mayo de 2004, mediante la cual la Entidad demandada reconoció al demandante una pensión gracia, en la medida que no fueron incluidos en la base de liquidación pensional la

totalidad de factores salariales devengados por en el año de adquisición del status pensional.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordenara a la entidad demandada reliquidar su pensión gracia con todos los factores salariales devengados en el año anterior al que adquirió el status pensional, y con efectos fiscales a partir del 21 de noviembre de 2002.

Como fundamento de sus pretensiones, la actora dijo que la entidad demandada le reconoció y ordenó pagar una pensión gracia a través de Resolución No. 9579 del 10 de mayo de 2004, pero sin incluir en el ingreso base de liquidación la prima de grado, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, devengados en el año de adquisición de su status pensional (fls. 1-13).

2.2.-*LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia proferida el 1º de noviembre de 2016 por el Juzgado Quince Administrativo de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda y se declaró la prescripción de las mesadas pensionales. Para llegar a tal decisión, la Juez a quo señaló que la liquidación de la pensión gracia es procedente en la forma prevista en la Ley 4ª de 1966 y en el Decreto 1743 de 1966, esto es, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por la docente durante el año anterior a la adquisición del status pensional, tal como lo ha dejado establecido el Consejo de Estado.

Con fundamento en lo anterior, la Juez de instancia adujo que al encontrarse probado que la demandante en el año anterior a la adquisición de su status pensional devengó los siguientes factores: asignación básica, auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones, prima de navidad y sobresueldo de 20%; que tales factores debían ser incluidos en el IBL de la pensión gracia, debiéndose reliquidar la misma con efectos fiscales a partir del 18 de diciembre de 2002, por haber operado el fenómeno de la prescripción (fls. 206-217).

2.3.- *EL RECURSO DE APELACIÓN.* Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la entidad demandada la impugnó oportunamente indicando que la pensión gracia de la demandante fue reconocida de conformidad con lo establecido en la Ley 114 de 1913 y demás normas concordantes, pero que como dichas normas no contemplan la forma en que ésta debe liquidarse, es preciso remitirse a las normas concordantes que regulan la materia, como es el caso de la Ley 62 de 1985 que en su artículo 1º no solo establece los factores sobre los cuales ha de liquidarse la pensión sino que hace imperativo el reconocimiento sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siendo liquidada la pensión gracia de la demandante de acuerdo con el certificado de factores salariales expedido por el empleador; que en el caso, la demandante no allegó al expediente administrativo el certificado de factores salariales expedido por la autoridad competente, en la que se discrimine año por año los valores reclamados, a los efectos de poder ser tenidos en cuenta en la nueva liquidación

Finalmente, solicitó que se revocara la condena en costas y agencias en derecho impuestas en primera instancia, argumentando que la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado ha sido uniforme en expresar que tal condena es procedente cuando la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, sin que tal actitud haya sido asumida por la demandada, y en razón a que las pretensiones prosperaron parcialmente al haber operado la prescripción trienal (fls. 225-228).

2.4 TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de la entidad demandada reitero los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls. 258-261).

A su turno, el Ministerio Público y la parte demandante guardaron silencio (fl. 264).

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a determinar si el señor EUCLIDES VALEST SILVA tiene derecho a la reliquidación de la pensión gracia incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional.

3.2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Ley 114 de 1913, creó la pensión gracia de jubilación a favor de los maestros de primaria que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años[1], el cual puede contarse computando servicios prestados en diversas épocas y en cualquier tiempo anterior a la vigencia de dicha ley[2], y que, cumplieran con los requisitos establecidos en el artículo 4º de la citada Ley, así:

> *"**ART. 4º.-** Para gozar de la pensión gracia será preciso que el interesado compruebe:*
>
> 1. *Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.*
> 2. *Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento.*
> 3. *Que observe buena conducta.*
> 4. *Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento."*

Dicha pensión, fue concebida como una compensación o retribución en favor de los maestros de primaria del sector oficial del orden territorial, que percibían una baja remuneración y por consiguiente tenían un poder

[1]Ley 114 de 1913 Artículo 1º.- Los Maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley.

[2]Artículo 3º.- Los veinte años de servicios a que se refiere el artículo 1 podrán contarse computando servicios prestados en diversas épocas, y se tendrá en cuenta los prestados en cualquier tiempo anterior a la presente Ley.

adquisitivo precario y menor frente a aquellos educadores cuyos salarios y prestaciones estaban a cargo de la Nación, situación causada por la debilidad financiera de los Departamentos y Municipios para atender las obligaciones salariales y prestacionales que les fueron asignadas por virtud de la Ley 39 de 1903 que rigió la educación durante la mayor parte del siglo.[3]

Posteriormente, el artículo 6º de la Ley 116 de 1928 hizo extensivo el beneficio de la pensión gracia a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública.

El artículo 3º de la Ley 37 de 1933 permitió el reconocimiento de la mencionada prerrogativa a los maestros que hubieran completado los años de servicios señalados en la Ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

A su turno, la Ley 4ª de 1966, en su artículo 4º, dispuso:

> *"A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios".*

La referida ley fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, cuyo artículo 5º dispuso que las pensiones de jubilación e invalidez serían liquidadas tomando como base el 75% del promedio mensual de los salarios devengados **durante el último año de servicios.**

Frente a la aplicación de la Ley 33 de 1985 para efectos de determinar los factores sobre los cuales se debe liquidar la pensión gracia, el Consejo de Estado, en sentencia de 11 de octubre de 1994[4], precisó que dicha norma expresamente exceptuó de su aplicación a aquellos empleados que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, como es el caso de la

---

[3] Sentencia C-479 de 1998. Corte Constitucional.
[4]Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 11 de octubre de 1994, Consejero Ponente: Dr. Carlos Orjuela Góngora, Radicado interno No. 7639.

"pensión gracia", la cual no puede liquidarse con base en el valor de los aportes durante el último año de servicios, porque esta pensión es a cargo exclusivo del Tesoro Nacional, y por ser de carácter excepcional no se requiere afiliación a la Caja de Previsión Nacional, ni hacer aportes, porque como ya se dijo, no se ha expedido una norma especial que así lo establezca.

En consecuencia, el Consejo de Estado, en sentencia de 1º de marzo de 2012[5], señaló que para efectos de liquidar la pensión gracia es procedente acudir a lo previsto en la Ley 4ª de 1966, como quiera que dicha norma no excluyó de su aplicación pensión alguna de las percibidas por los servidores oficiales. Igualmente precisó que el último año de servicios a que refiere la norma, hace referencia al año anterior a la adquisición o consolidación del derecho, así lo expresó:

> *"Al respecto, resulta claro que la excepción analizada anteriormente, consagrada en la Ley 33 de 1985, impide la aplicación de las disposiciones generales allí contenidas frente a la liquidación de la pensión aludida, por lo que se habilita la observancia de lo dispuesto en éste sentido en el régimen anterior contenido en la Ley 4ª de 1966, ya que no discriminó ni excluyó de su aplicación pensión alguna de las percibidas por los servidores oficiales. Así, la pensión gracia al tenor de esta disposición debe liquidarse en la forma allí señalada, esto es, tomando como base el promedio mensual de los salarios obtenidos en el último año de servicios; sin embargo, debe precisarse que a diferencia de las pensiones ordinarias, ese último año de servicios refiere el año anterior a la* ***adquisición o consolidación del derecho****, pues es el momento a partir del cual empieza efectivamente a devengarse en tanto su carácter especial admite su compatibilidad con el salario y por ende para su percepción no es necesario el retiro definitivo del servicio, razón por la que resulta improcedente su reliquidación con base en los factores salariales devengados en el año anterior al retiro. (Subrayado fuera del texto).*
>
> ***(...)***
>
> *En el caso de la pensión gracia el derecho se perfecciona simplemente con el cumplimiento de la totalidad de requisitos establecidos por el legislador para su otorgamiento, constituyéndose en un derecho invariable salvo los ajustes anuales de ley, lo que* ***impone su liquidación con base en la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del derecho pensional, sin que resulte admisible reliquidación alguna por nuevos tiempos de servicios prestados,*** *situación antagónica frente a la pensión ordinaria de jubilación, cuyo goce si depende de la fecha de retiro definitivo del servicio, es decir, que la persona acreedora de esta última puede consolidar*

[5]CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A, Sentencia de 1º de marzo de 2012, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-05528-01(0613-11)

su derecho y continuar laborando difiriendo su percepción a la fecha de retiro efectivo, en virtud de su incompatibilidad con la percepción de salarios, por lo que justamente admite que para efectos de su liquidación se observe estrictamente el último año laborado."

Así las cosas, puede la Sala afirmar que la solicitud de reliquidación pensional debe resolverse con fundamento en las normas que se encontraban vigentes para el momento de su causación, independientemente de si esta reclamación se hace con posterioridad; así mismo, debe decirse que en la reliquidación pensional deben ser incluidos los factores salariales que las peticionaria hubiese **devengado** durante el año anterior al de adquisición del status pensional.

3.3. CASO CONCRETO

Se encuentra probado en el proceso que por medio de Resolución No. 9579 del 10 de mayo de 2004 le fue reconocida pensión gracia al señor EUCLIDES VALEST SILVA, para lo cual le fueron computados en la base de liquidación pensional, **la asignación básica y el sobresueldo**, efectiva a partir del 21 de noviembre de 2002 (fls. 14-16).

Del certificado de factores salariales expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá, devengados por el demandante durante el año anterior a la adquisición de status pensional (**20 de noviembre de 2001 a 21 de noviembre de 2002),** se aprecia que devengó los siguientes: **asignación básica, sobresueldo del 20%, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad** (documento 6 CD a folio 46).

En este orden de ideas, concluye la Sala que la entidad demandada debe incluir en la base de liquidación de la pensión gracia reconocida al actor, además de los factores incluidos en la resolución de reconocimiento, los siguientes **prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad** que **devengó** por el periodo comprendido del **21 de noviembre de 2001 a noviembre de 2002**, esto es en el año anterior a la adquirió de su status pensional.

- De la prescripción

Teniendo en cuenta que al demandante le fue reconocida su prestación mediante la resolución 9579 y que éste acto administrativo le fue notificado el **14 de mayo de 2004** (documento 12 CD a folio 45) y además, que no obra prueba en el expediente de que hubiese solicitado la reliquidación de su prestación, por lo que es dable concluir que el término de prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda, lo cual ocurrió el **18 de diciembre de 2015** (fl. 13), es decir, que las mesadas causadas con anterioridad al **18 de diciembre de 2012** se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción trienal previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[6], y 102 del Decreto 1848 de 1969[7], tal y como lo determinó la Juez de instancia.

- Del carácter objetivo de la condena en costas y de la excepción prevista en el C.G.P.

Concretamente señala la recurrente que debe revocarse la condena en costas y agencias en derecho impuesta por la Juez de primera instancia, por cuanto la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha sido uniforme en señalar que ésta procede solamente cuando la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, actitud que asegura no ha existido por parte de la entidad demandada, y además la actuación judicial ha sido relativamente corta si se tiene en cuenta que se profirió fallo en la audiencia inicial y las pretensiones prosperaron parcialmente por haber operado la prescripción.

[6] "Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."
[7] **Artículo 102º.-** Prescripción de acciones.
1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

En lo que refiere a la condena en costas, hay que decir que se produce un importante cambio en relación con la regulación que venía operando en el proceso contencioso administrativo, sistema que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 171 del C.C.A, dependía de si la parte vencida en el proceso había actuado con temeridad o mala fe, es decir, se trataba de un sistema subjetivo, toda vez que la norma en mención disponía que la condena en costas se haría "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes". De acuerdo con lo previsto por el artículo 188 del C.P.A.C.A[8]., las costas se regulan mediante remisión al Código de Procedimiento Civil (Art. 392)[9], en virtud del cual el nuevo sistema es objetivo, pues recordemos que la regla general del estatuto procesal enseña que se condena en costas a la parte vencida en el proceso sin que sea necesario examinar el comportamiento procesal de la parte, salvo cuando se trate de procesos donde se ventile un interés público[10].

Ahora, teniendo en cuenta que las costas[11] comprenden, además de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho,** entendidas como los gastos de apoderamiento en que ha incurrido el demandante aun cuando hubiese litigado personalmente, resulta procedente su fijación conforme lo prescribe el artículo 365 del C.G.P, acudiendo para ello a lo establecido en el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

---

[8]**C.P.A.C.A. Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en 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.

[9]**C. de P.C. Artículo 392.-** Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º mod. 198. Modificado. Ley 794 de 2003, en art. 42. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Modificado. Ley 1395 de 2010, art. 19. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión, o anulación, que haya propuesto.

(...)

3. **En la sentencia se segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.**

[10]Benavides José Luis, "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 Comentado y Concordado, primera edición, Universidad Externado de Colombia, paginas. 418 y 419.

[11]Blanco Hernán, Procedimiento civil, tomo I. Dupré Editores, Bogotá Colombia 2005, pág. 1022. "las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho, ósea el pago de los honorarios de abogados que la parte ganancia efectuó,** y a la que le deben ser reintegradas." [11]

En este orden de ideas, y examinando la determinación adoptada por la Juez de primera instancia, observa la Sala que en el sub judice las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente por virtud de la declaratoria de prescripción parcial de las mesadas pensionales de la actora, en consecuencia, era potestativo del juzgado imponer o no las costas, y como en el sub lite fueron impuestas por el Juez a quo, era necesario que en la sentencia se advirtieran las razones por las que se optó por tal determinación conforme lo dispone el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P., pero como quiera que en el sub judice la juez de primer grado no lo hizo, considera la Sala que habrá que revocarse los numerales 8º y 9º de la sentencia apelada, para en su lugar señalar que no habrá condena en costas en primera instancia, debido a que al examinar el proceso no se encuentra que la entidad demandada haya incurrido en un ejercicio abusivo del derecho, y menos cuando en su contestación de la demanda uno de los fundamentos de defensa fue la proposición de la excepción de *"prescripción de mesadas"* (fl. 50), la que como se mencionó en líneas precedentes, tuvo prosperidad.

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda y se declaró la prescripción parcial de las mesadas pensionales, amerita ser confirmado pero se REVOCARAN los numerales 8º y 9º de la parte resolutiva, en el sentido de no condenar en costas en primera instancia.

IV. COSTAS

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación prosperó parcialmente por efectos de la revocatoria de la condena en costas a la demandada, la Sala se abstendrá de imponer condena en costas en esta instancia con fundamento en lo previsto en el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

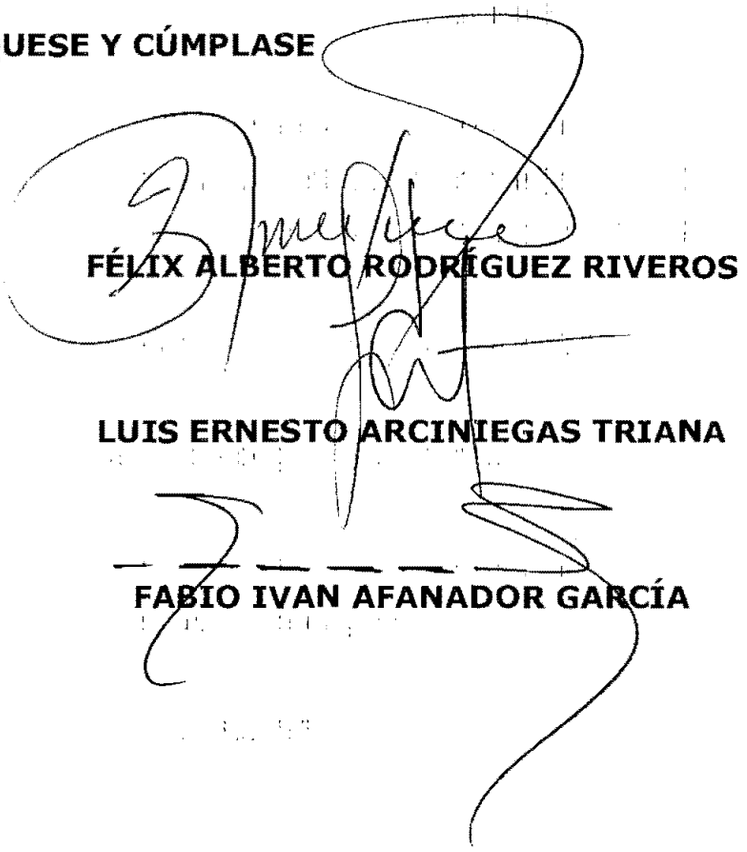
Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida 1º de noviembre de 2016 por el Juzgado Quince Administrativo de Tunja, **EXCEPTO** los numerales 8º y 9º de la parte resolutiva que se **REVOCARAN** así:

*"**OCTAVO:** Sin costas en primera instancia".*

Segundo: Sin costas en segunda instancia.

Tercero: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 [illegible] 2017

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: AIDA GONZÁLEZ BELTRÁN
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
RADICADO: 15001-33-33-015-2016-00078-02

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad accionada contra el fallo de fecha cinco (5) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora **AIDA GONZÁLEZ BELTRÁN** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.**

II. ANTECEDENTES

***2.1.- LA DEMANDA*:** Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora AIDA GONZÁLEZ BELTRÁN solicitó declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. RDP 008298 del 2

de marzo de 2015, suscrito por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP y que negó a la actora la reliquidación de su pensión de vejez, y en la Resolución No. RDP 026537de 30 de noviembre de 2015, mediante la cual se confirma la decisión contenida en la resolución primigenia.

A título de restablecimiento del derecho, pidió principalmente, que se ordene reliquidar y pagar su pensión de jubilación, en equivalencia al 75% de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio, , esto es, del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008, por concepto de asignación básica, auxilio de transporte, prima de alimentación, retroactivo, dominicales y festivos, retroactivo recargos nocturnos, prima técnica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

Como sustento de sus declaraciones, expuso que La demandante prestó sus servicios como auxiliar de servicios generales al Departamento de Boyacá- Secretaría de educación, desde el 16 de agosto de 1983 al 31 de diciembre de 2008, que es beneficiaria del régimen de transición; que la demandada mediante resolución No. 09427 de 4 de marzo de 2008 le reconoció pensión de vejez; que el Departamento de Boyacá mediante decreto 000453 de 16 de enero de 2009, dispuso ordenar a la demandante el pago de un retroactivo como consecuencia de la homologación y nivelación salarial; que mediante petición radicada el 6 de noviembre de 2014 solicitó la reliquidación de su pensión jubilación, solicitud que fue despachada negativamente mediante resolución No. RDP 8298 de 2 de marzo de 2015 y finalmente, que contra esta resolución interpuso recurso de apelación, el cual se resolvió mediante resolución No. RDP 026537 de 30 de junio de 2015, confirmando la decisión impugnada. (fls. 35-36)

2.2.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2017, por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió parcialmente a

las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, el A quo manifestó que se encontraba probado que la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, al haber nacido el 3 de abril de 1944 y en consecuencia, atendiendo la normativa aplicable, tiene derecho a que su pensión de vejez se liquide con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2008, esto es, además de la asignación básica y la bonificación, el auxilio de transporte, la prima de alimentación, la prima técnica, el retroactivo de dominicales y festivos, el retroactivo de recargos nocturnos, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

Igualmente, frente a la argumentación invocada por la entidad demandada respecto de la aplicación de las sentencias C.258 de 2013 y SU 230 de 2015 al *sub exámine*, precisó la a quo que estos no resultan aplicables dado que el mismo fallo de constitucionalidad limitó sus alcances exclusivamente al régimen pensional que cobija a los congresistas y funcionarios que tienen como parámetro para la liquidación de la pensión ese régimen.

Finalmente, decretó la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 5 de noviembre de 2011 y ordenó a la demandada que realice los descuentos que no se hubieren efectuado sobre los factores que se incluye en virtud de la sentencia, atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos 5 años de la vida laboral por prescripción. (fls. 129-139)

2.3. *EL RECURSO DE APELACIÓN:* Inconforme con la decisión de primera instancia, **la apoderada de la entidad demandada** la impugnó oportunamente indicando que la demandante por reunir los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, era beneficiaria del régimen de transición, y por tanto, era viable reconocer su pensión de jubilación teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto establecido en el régimen anterior, esto es, el contenido en la Ley 33 de 1985, y que

como el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es claro en establecer que las demás condiciones se rigen por lo estipulado en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, los factores sobre los cuales ha de liquidarse la pensión corresponden a los mencionados por la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, como lo es el Decreto 1158 de 1994 modificado por el Decreto 691 de 1994, sin que en los mismos estén enunciados los pretendidos por el demandante por lo que no se pueden incluir en el IBL.

De otra parte, aseguró que la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 29 de abril de 2015, dejó establecido que para los cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sus liquidaciones pensionales se debían realizar con la edad, el tiempo de servicios y el monto establecido en el régimen anterior, sin que pudiera considerarse que el ingreso base de liquidación se calculara de la misma forma porque éste no fue un aspecto sometido a transición (fls. 329-346)

2.4. *TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA*. El recurso de apelación se admitió mediante auto de 31 de julio de 2017, (fl. 361), y por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., se ordenó por auto de 15 de septiembre de 2017, correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que, si a bien lo consideraba, emitiera su concepto. (fl. 365)

2.5. TRASLADO DE ALEGATOS DE CONCLUSION. En el término concedido para el efecto, la apoderada de la **entidad demandada** presentó escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en la alzada y en la contestación de la demanda, respectivamente. (fls. 367-381)

Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicitó se confirmara la sentencia impugnada, atendiendo a que su representada es beneficiaria del régimen de transición y se debe aplicar de manera integral la ley 33 de 1985 a efectos de la liquidación de su pensión de jubilación con la inclusión

de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio. (fls. 392-395)

La Agencia del Ministerio Público no hizo pronunciamiento alguno en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En ésta oportunidad la Sala entrará a determinar si la demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación tomando en cuenta sólo los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1995 y sobre los cuales realizó sus aportes a pensión, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **(i)** Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado; **(ii)** Del alcance de la sentencias C-258 de 2013 y SU - 230 de 29 de abril de 2015 y SU-427 de 2016 emitidas por la Corte Constitucional; **(iii)** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones; y **(iv)** Caso Concreto y condena en costas.

3.1. De los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36[1] de la Ley 100 de 1993, norma que permitió que la situación

[1] ***ARTICULO. 36.- Régimen de transición.*** *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios

jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años de edad y de las mujeres con más de 35 años de edad, o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), **se rigieran por el régimen anterior** en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas anteriores a la vigencia de la citada Ley 100, en el inciso 3º se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión.

Frente a dicha contradicción, la jurisprudencia de Consejo de Estado[2] ha precisado que "*no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de*

---

cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

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

[2]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99, en los siguientes términos:

"(...) cuando la Ley empleó la palabra "monto", no fue para ***que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100***.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

*De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, **que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º.**"* (Negrilla y subrayado fuer a del texto)

transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y ***monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación****), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio".* (Resaltado fuera del texto).

Así entonces, de lo expuesto se colige que el **monto** de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación, se rige, para las personas amparadas por el régimen de transición, por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En efecto, el régimen pensional anterior al establecido en la Ley 100 de 1993 resulta ser el previsto en la ley 33 de 1985, aplicable a los trabajadores del sector oficial, el cual en su artículo 1º consagra como regla general que tendrá derecho al reconocimiento y pago mensual de una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, el empleado que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años.

Por su parte, el artículo 3° de la ley 33, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, estableció que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo

suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante, el órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa en sentencia unificadora[3] proferida el 4 de agosto de 2010, adoptó la postura – aún vigente- en virtud de la cual, **la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**; tesis que se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso de las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías.

Acatando la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de unificación, resulta válido afirmar que todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

3.2 De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de

[3] Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 25000-2325-000-2006-07509-01 (0112-2009), C.P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO.

2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016 debe señalarse que sus consideraciones y efectos van dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes, -como lo es la línea jurisprudencial del Consejo de Estado- son fuente de derecho, ostentan carácter vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad jurídica, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011[4] y C-816 de 2011[5], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la*

---

[4] *"11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.[1] **Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante**"* (Negrilla fuera de texto)

[5] *"5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos. **En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida***" (Subraya fuera de texto)

confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.

Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[6], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).

(...)

Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015, ***no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa****; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*

(...)

En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[7], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (Negrilla fuera de texto)

[6] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

[7] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 25000234200020130154101. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016 proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social, disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[8], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.** Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso**

[8] Exp. 4683-13

base de liquidación como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos y finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores salariales que se ordenan incluir en la base de liquidación pensional, a los efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Concejo de Estado, también lo es que Órgano Vértice de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[9].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

3.2. Caso concreto.

Se encuentra demostrado en el plenario, más exactamente con el acto administrativo de reconocimiento de pensión de vejez, que el demandante nació el 3 de abril de 1944[10], por lo tanto, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía 50 años de edad, razón que conduce a concluir que hace parte del

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. José Luis Barceló Camacho
[10] CD. fl.1 50. Carpeta 1 Documento 6.

régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con más de 40 años a la fecha en que inició a regir. En consecuencia, para efectos de determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, sin que sea procedente liquidar su pensión de jubilación con los factores salariales enunciados en el Artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, pues como se indicó en el marco normativo de ésta providencia, el H. Consejo de Estado unificó su jurisprudencia indicando que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los empleados oficiales, todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicio.

Por lo anterior, entrará la Sala a determinar cuáles de los factores devengados por la actora durante el último año de servicios, deben ser tomados en cuenta para determinar su base de liquidación pensional, y si la apreciación al respecto por parte del A quo fue acertada o equivocada, como lo aduce la UGPP en su escrito de apelación.

Al observar el certificado de tiempo de servicios obrante (fls. 33-40), expedido por parte de la profesional Especializada del Historias Laborales de la Secretaría de Educación de Boyacá, observa la Sala que la demandante durante el último año de servicio laborado en dicha entidad, esto es, del 1º de enero de 2008 al 31 de diciembre del mismo año, devengó los siguientes factores salariales: **Asignación básica, Auxilio de transporte, Prima de Alimentación, Prima Técnica, Bonificación, Retroactivo dominicales y festivos, Retroactivo recargos nocturnos, Prima de servicios, prima de vacaciones y prima de Navidad.**

A su turno, la Caja Nacional de Previsión en la Resolución No. 09427 de 4 de marzo de 2008, por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación a la actora teniendo en cuenta únicamente la **asignación básica y bonificación por servicios,** en una cuantía equivalente a $408.000,oo. (fls. 77-81)

Ahora bien, al hacer una comparación de los factores salariales reconocidos por la entidad demandada, y los devengados por el actor en su último año de servicios prestados, encuentra la Sala que en el acto administrativo de reconocimiento pensional, se tuvo en cuenta sólo como ingreso base de liquidación la asignación básica y bonificación por servicios, echándose de menos lo relacionado con el Auxilio de transporte, Prima de Alimentación, Retroactivo dominicales y festivos, Retroactivo Gastos nocturnos, Prima de servicios, prima de vacaciones y prima de Navidad.

En el mismo sentido debe señalarse, que aun cuando está demostrado que la accionante durante el último año de prestación de servicios devengó la prima técnica, ésta no debió haber sido incluida en la base pensional, por lo que esa decisión deberá ser revocada por lo siguiente:

El decreto 1661 de 1991[11] dispone que la mencionada prima técnica constituirá factor salarial en los siguientes supuestos:

> ***Artículo 7º.-*** *Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho de percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto,* ***y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.*** (Negrilla fuera de texto)

Esta misma normativa dispone el evento en que la prima técnica se otorga con base en la evaluación del desempeño, así:

> ***Artículo 3º.-*** *Niveles en los cuales se otorga Prima Técnica.* ***Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo.*** *La Prima Técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles.* (Negrilla fuera de texto)

[11] Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones.

Como se aprecia, la prima técnica **constituye factor salarial** cuando se acredite título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años, según las voces del artículo 2º literal a) del mencionado decreto 1661 de 1991. Pero **no constituye factor salarial** cuando se asigna con base en la evaluación del desempeño, conforme lo señalado en el citado artículo 7º de la norma en cita.

Ahora bien, el referido artículo 3º establece como condición para el disfrute de la prima técnica con base en los estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo; mientras que la prima técnica con base en la evaluación del desempeño se asigna en todos los niveles, es decir, en todos aquellos que no sean de los niveles descritos.

Descendiendo al caso se constata que la accionante se desempeñó en el cargo de auxiliar de servicios generales (fl. 74), y que en el último año de prestación de servicios devengó la referida prima técnica, sin embargo, de todo lo señalado en párrafos anteriores, puede concluirse que la actora al no encontrarse desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, devengó el mencionado emolumento con base en la evaluación del desempeño, lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 7º del citado decreto 1661 de 1991 implica que la referida prima técnica no puede ser tenida como factor salarial y por ello no procede su inclusión en la base pensional.

En este orden de ideas, concluye la Sala que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, -conforme lo expuesto en acápite anterior-, lo mismo que en acatamiento de mandatos Superiores y de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA, la pensión de jubilación reconocida al demandante debe reliquidarse con la

inclusión de todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio, es decir, no sólo como ingreso base de liquidación la asignación básica y bonificación por servicios, también lo relacionado con el Auxilio de transporte, Prima de Alimentación, Retroactivo dominicales y festivos, Retroactivo Gastos nocturnos, Prima de servicios, prima de vacaciones y prima de Navidad, y con efectos fiscales a partir del **5 de noviembre de 2011**, con ocasión de la consolidación del fenómeno prescriptivo causado en las mesadas anteriores a dicha calenda.

De otro lado, se concluye que en contraposición al argumento de apelación elevado por la entidad accionada, y concerniente a la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015, es oportuno enfatizar como se hizo en el acápite de marco jurídico de esta providencia, que la Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de Unificación emitida por el H. Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente.

- De la prescripción

En el sub júdice, tomando en consideración que mediante la resolución No. 09427 de 4 de marzo de 2008 se reconoció la pensión jubilación a la demandante(fl. 77-81) y que el mismo se hizo efectivo el **30 de diciembre de 2006** (fl. 45 a 76) resulta forzoso concluir que en el *sub judice* ha operado de forma parcial el fenómeno de la prescripción previsto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[12], y 102 del Decreto 1848 de 1969[13], de las mesadas causadas con antelación al **5**

[12] "Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

[13] **Artículo 102º.-** Prescripción de acciones.

de noviembre de 2011, como quiera que la demandante elevó solicitud de reliquidación pensional el día 5 de noviembre de 2014 (fls. 22-26), y haber transcurrido más de tres (3) años entre una y otra fecha, emergiendo como acertada la consideración efectuada por el A quo al respecto, de ordenar la reliquidación de la pensión a partir del 5 de noviembre de 2011, como se expuso en el párrafo que precede.

- **De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones**

En este punto, reiterando la postura que se ha venido adoptando por esta Sala de Decisión[14], se considera que es procedente que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **AIDA GONZÁLEZ BELTRÁN,** la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP**, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso de la demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993, y tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

---

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

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

[14] Ver entre otras, sentencias de 28 de junio de 2016 exp. 2013-732-00, Sentencia de 13 de septiembre de 2016 exp. No. 2013-674-00, y sentencia de 13 de septiembre de2016 exp. 2014-83-00, con ponencia del suscrito.

En vista que el A quo en el numeral 6º de la sentencian objeto de estudio dispuso que la entidad accionada deberá efectuar los descuentos a cargo del empleado que no se hubiesen efectuado al Sistema General de Pensiones, durante sus últimos 5 años de vida laboral como se expuso en líneas que anteceden, en este sentido la sentencia también será confirmada.

IV. COSTAS

La Sala condenará en costas en ésta segunda instancia a la parte recurrente, por confirmarse la providencia apelada[15], y por encontrarse causadas, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P., teniendo en cuenta que la parte actora ejerció actuaciones procesales en segunda instancia, se fija, como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $ 923.368 que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda ($30.778.944 fl. 20), ello, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, la liquidación de las costas y de las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

[15]C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de mayo de 2017, por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, salvo el numeral CUARTO de la providencia, que quedará así:

> *CUARTO: Ordenar a la Unidad administrativa especial de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, que reliquide la pensión jubilación reconocida a la señora AIDA GONZÁLEZ BELTRÁN, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.619.891, tomando en consideración para efectos de determinar el ingreso base de liquidación , aparte de la asignación básica y la bonificación por servicios ya reconocida en la liquidación de su pensión, ñp devengado por concepto de :Auxilio de transporte, Prima de alimentación, retroactivo dominicales y festivos, retroactivo recargos nocturnos, Prima de servicios, Prima de vacaciones y prima de navidad, percibidos durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro de servicio, de conformidad con las razones expuestas.*
>
> *La sumas que resulten de la condena deberán reajustarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la fórmula de actualización enunciada, la cual, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, se aplicará separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a l causación de cada mesada pensional.*

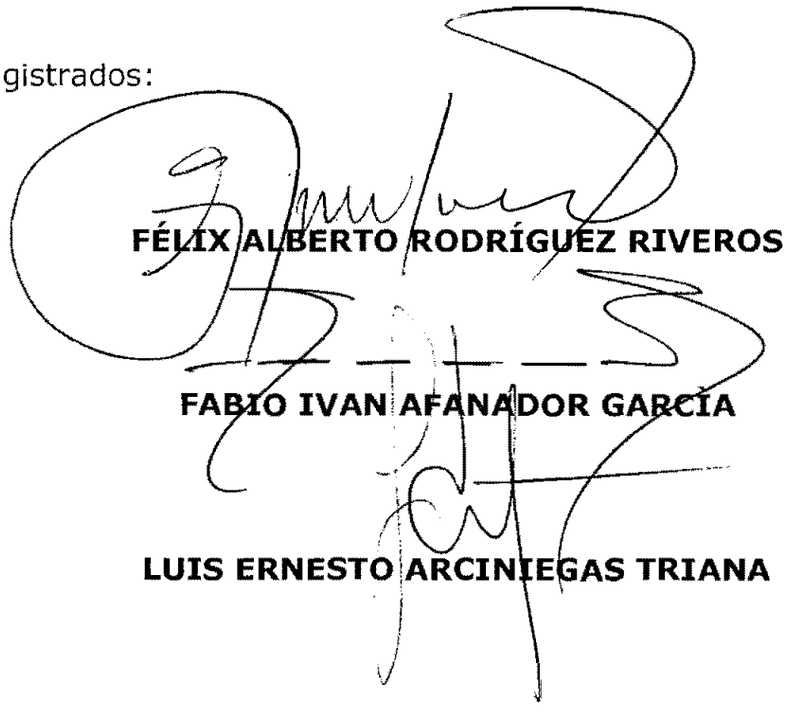
Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la parte recurrente por haberse resuelto desfavorablemente su recurso de apelación, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

Tercero: Fijar como agencias en derecho a cargo de la recurrente, la suma de $ 923.368 que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda (($30.778.944 fl. 11).

Cuarto: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCIA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA– POLICIA NACIONAL
RADICACIÓN: 15001333301520160011l- 01

I. ASUNTO A RESOLVER:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 1588-1592), contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Tunja el día 01 de diciembre de 2016, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES:

2.1. LA DEMANDA (fls. 3-21): Por conducto de apoderada judicial constituida al efecto y en ejercicio del medio de control de reparación directa, los demandantes solicitan se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, por las lesiones que sufrió el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO en hechos acaecidos el 06 de noviembre de 2011, en la Estación de Policía de Guateque-Boyacá, cuyas secuelas fueron consignadas en el Acta de Junta Medica Laboral Nº 146 de fecha 07 de abril de 2014, derivada en la falla o falta del servicio por omisión en la entrega de elementos de seguridad y protección para prestar el servicio policial.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan se condene a reparar el daño sufrido por las lesiones que padeció el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO, por los siguientes conceptos: Perjuicios morales, a la vida en relación, perjuicios a la salud respectivamente a cada uno de los demandantes, en el quantum descrito en el acápite correspondiente (fls. 4-7).

2.2.-Hechos en que se fundamentan las pretensiones (fls. 7-10):

Los presupuestos fácticos que sustentan la demanda indican que el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO, ingresó en perfectas condiciones de salud a la Policía Nacional, ascendiendo al Grado de Sargento Primero y para el 06 de noviembre de 2011, fungía como Comandante de la estación de Policía del Municipio de Guateque- Boyacá, cuando en horas de la madrugada, el personal perteneciente a la estación se encontraba realizando un plan de cierre a los Establecimientos Públicos y tuvo que atender una riña que se estaba presentando en el Parque principal de la mencionada localidad, cuando personas involucradas lanzaron un elemento corto punzante a la patrulla de la policía identificaba con el número de placas CQY-395, ocasionando la ruptura del vidrio lateral, por lo que el agresor fue conducido a la Estación de Policía del municipio.

Precisó que, en el acaecimiento de los hechos, se produjo un intento de agresión en contra del patrullero LUBO BUELVAS BOLFA, quien se encontraba de civil adscrito a la Estación de Policía de Sutatenza, de manera que fue resguardado en la estación de Policía de Guateque, además que luego de que fue conducida la persona que agredió la patrulla, los acompañantes procedieron atacar la estación en un grupo que se encontraba compuesto por más de cien (100) personas quienes lanzaron botellas, piedras y procedieron a hacer disparos dirigidos hacia el personal uniformado, por lo que los policiales procedieron también a efectuar disparos al aire con las armas de dotación con el fin de repeler a los atacantes.

Manifestó que como consecuencia de los hechos ocurridos, falleció una persona y resultaron lesionadas varias personas, entre las que se encontraba el señor JOSE IGNACIO FULA PULIDO, quien solicitó el apoyo de las unidades más cercanas, en razón a que no contaban con los elementos necesarios para controlar, mitigar y extinguir la asonada que se estaba presentando, además de precisar **que se informó a E- 100-**sigla que se utiliza para identificar la Estación de Policía de Tunja y que al día siguiente mediante oficio Nº 0890/DISPO3-GRAGOA-ESTPO-GUATEQUE-29.11 de fecha 07 de noviembre de 2011, informó al Comandante del Distrito de policía de Garagoa, los hechos acaecidos en 06 de noviembre de 2011, en el Municipio de Guateque.

Refirió que como consecuencia de lo acaecido el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO, informó al Comandante de Distrito lo ocurrido y luego del proceso administrativo No 112/2011 se calificó las lesiones sufridas como causa y razón del servicio, es decir por enfermedad profesional y/o accidente de trabajo y posterior a todo el trámite, el 28 de julio de 2015 le fue notificada el Acta de la Junta Médica Laboral 6272 del 23 de julio de 2015, a través de la cual se realizó la aclaración de la disminución de la capacidad laboral en un 38.14%.

Puntualizó que la Policía Nacional no le hizo entrega a los policías adscritos a la Estación de Policía del Municipio de Guateque de los elementos de seguridad, protección y trabajo, para el servicio para enfrentar y mitigar la asonada de la cual fueron objeto el 06/11/2011, razón por la cual los expuso a un riesgo más allá de lo normal al cual estaban obligados a soportar.

2.3.- SENTENCIA IMPUGNADA (fls. 1565-1581): El Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, el día 01 de diciembre de 2016, profirió sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda, luego de realizar un recuento de antecedentes y aspectos procesales para fincar un problema jurídico, desarrollando las consideraciones desde el régimen de responsabilidad aplicable a los daños sufridos por quienes prestan servicio, coligiendo que en los eventos de daños causados a miembros de la Fuerza Pública y de los organismos de defensa y seguridad del Estado al ser producto de una relación legal, tal como la jurisprudencia ha sostenido, su reparación, por regla general, no es asumida por el Estado por tratarse de la concreción de riesgos inherentes al servicio mismo cuya eventual ocurrencia es conocida y consentida por el uniformado, por lo que se diseñó y formuló un régimen prestacional especial que los reconoce, condición que de cumplirse, **activa el sistema de indemnización a *forfait*.**

Como fundamento de su decisión, también la *A- quo* relacionó las pruebas allegadas en el marco de las premisas fácticas y respecto a las premisas jurídicas se refirió al régimen de responsabilidad y al título de imputación, considerando que se encontraba acreditado el daño antijurídico padecido por el señor JOSE IGNACIO FULA PULIDO y sus familiares demandantes, materializado en las lesiones que sufrió en hechos ocurridos el 06 de noviembre de 2011 en la Estación de Policía del Municipio de Guateque,

mientras se encontraba en ejercicio de sus funciones como Agente de Policía, pero este no es jurídicamente atribuible a la demandada Nación – Policía Nacional.

Consideró que atendiendo las reglas de la sana crítica como un instrumento legal para la valoración judicial de la prueba y tomando, con criterio de verdad procesal, el hecho de que existiera un enfrentamiento entre efectivos policiales y pobladores del Municipio de Guateque el 06 de noviembre de 2011,en la estación de Policía de la localidad, como lo relata el propio informe de novedad suscrito por el Teniente MIGEL MORENO VILLOTA, Comandante del Distrito Tres de Policía de Garagoa, no tuvo lugar a partir de una intervención bélica sorpresiva emprendida por rebeldes, además que se encontró probado que los policiales contaban con su armamento, dada la naturaleza constitucional de la Policía Nacional como cuerpo armado y teniendo en cuenta el alto peligro y la amenaza de la actividad desarrollada.

Además precisó que el señor JOSE IGNACIO FULA PULIDO ingresó libremente a las filas de la Policía Nacional e inició su carrera profesional hasta obtener el título de Sargento primero, de lo que se desprende que conocía los riesgos de su ejercicio y que, por ende, los asumió como integrante de la Fuerza Pública. DE otra parte, en el marco de los hechos y las probanzas arrimadas al proceso, el Despacho consideró que lo ocurrido no excedió el riesgo normal para que se pueda predicar la falla del servicio atribuible a la entidad pública demandada en tanto no se acreditó la ausencia de medidas necesarias para precaver, evitar o confrontar el acto delincuencial y, así mismo, la exposición del uniformado y del resto del personal que conlleve a concluir que se presentó una indefensión, que concluyó en las lesiones causadas al demandante, las cuales fueron calificadas como una incapacidad permanente parcial- apto, resarcidas económicamente con la indemnización.

2.4.- RECURSO DE APELACIÓN

2.4.1.- El apoderado judicial de la parte demandante (fls. 1588-11592): Inconforme con la sentencia de primera instancia fundamento la apelación reiterando argumentos de la demanda en el sentido de insistir que el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO ingresó en perfectas condiciones de salud a la Policía Nacional, perteneciendo al nivel de sub- oficial, logrando ascender hasta el grado

de Sargento Primero, asignado como Comandante de la Estación de Policía del Municipio de Guateque con anterioridad a la ocurrencia de los hechos y para el 06 de noviembre de 2011 aproximadamente a la 1:05 am cuando el personal policial de la localidad atendió una riña en la que se ocasionó daños a la patrulla asignada de placas CQY-395 y asonada por un grupo de más de 100 que al intentar rescatar a la persona que fue conducida a la estación, lesionaron a los policías asignados entre ellos al demandante, por lo que el personal se vio obligado a replegarse dentro de las trincheras existentes, además de accionar en la parte posterior las armas de dotación al realizar disparos al aire para evitar que la turba ingresara.

Recalcó que la entidad no entregó a los Policías adscritos a la Estación de Guateque, para el 06 de noviembre de 2011 los elementos de seguridad protección y trabajo para el servicio que permitiera así enfrentar, controlar, mitigar y extinguir la asonada de la cual fueron objeto, como era el caso de escudos y cascos antimotines, gases lacrimógenos, granadas multipropósito, granada de agente químico, granada humo etc.., razones que configuran la exposición a un riesgo más allá de lo normal al cual estaba obligados cumplir por ser Policías.

Arguyendo que la omisión se configura por la no entrega de los elementos de seguridad, protección y trabajo para el servicio, conllevando a la producción de las lesiones que configuran el daño y la relación de causalidad, anotando que el riesgo a que fueron expuestos los policiales fue mayor al que ellos voluntariamente aceptaron cuando ingresaron a laborar, enfatizando que el hecho generador de la falla del servicio del demandado está plenamente establecido con los argumentos, además de las pruebas documentales que obran en el expediente.

2.5.- Trámite surtido en la segunda instancia: Una vez concedido en la primera instancia a través del auto del 11 de enero de 2017 (fl.1594), esta Corporación dispuso su admisión (fl. 1599); seguidamente, se ordenó la presentación de alegatos de conclusión por escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación de esa providencia (fl. 1602).

2.5.1 NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL: Término en el cual la parte demandada se pronunció (fls. 1604-1608),

reiterando los mismos argumentos de la contestación oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, por lo que solicitó se confirme la sentencia, por no encontrarse demostrados los elementos constitutivos de responsabilidad del Estado, rompiéndose por completo el nexo causal entre los hechos y el daño alegado.

Recalcó que la prestación del servicio de Policía y suministro de los elementos de seguridad para el personal de la institución no debe ser tomado como lo quiere ver el demandante de manera general como elementos de dotación, toda vez que los elementos a los cuales hace alusión el actor tienen que ver específicamente con el personal del ESMAD para atención de disturbios en atención a situaciones de protesta social y para el caso en estudio se habla del modelo nacional de Policía Comunitaria por cuadrantes.

Enfatizando que el demandante hacía parte de una estación de policía y para el día de los hechos estaba dotado de los elementos básicos para el servicio de policía y vigilancia, por lo que la lesión se dio en razón del servicio y como riesgo propio del mismo lo que conllevó al pago de la denominada indemnización a for fait, por lo que se está en presencia de un cobro de lo no debido por cuanto el funcionario está reclamando una indemnización a la cual no tiene derecho como por expectativa de inexistencia de norma generadora de derechos.

2.5.2 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Dentro de la oportunidad, la Agente del Ministerio Público Delegada- Procuradora 121 Judicial II administrativo, emitió concepto (fls. 1611 a 1617), realizando un recuento de los antecedentes y aspectos procesales enfatizando las consideraciones relevantes de la sentencia de primera instancia, así como el planteamiento de un problema jurídico, procediendo al análisis jurídico a través de los fundamentos de la responsabilidad extracontractual frente a los diferentes títulos de imputación con apoyo de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Puntualizó en el caso en concreto que al verificar las circunstancias en las cuales se produjo la lesión al Policía JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO, considera que no hay lugar a declarar la responsabilidad por falla en el servicio, en tanto no se acreditó, ni probó que la víctima sufriera las lesiones como materialización de un riesgo excepcional frente a la generalidad de sus

compañeros, siendo en el presente caso el riesgo propio del ejercicio de sus funciones como miembro de la entidad al ser asumido de manera voluntaria.

Además de considerar que al momento de los hechos, el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO era Sargento de la entidad y estaba plenamente capacitado, además de contar con el entrenamiento y práctica requerida para cumplir con diligencia el deber, agregando que a los Policías en la escuela de formación los preparan para afrontar cualquier tipo de circunstancias relacionadas con el servicio, preparación adecuada y suficiente, coligiendo que al no haberse probado la falla en el servicio, ni el daño imputable a la demandada, por cuanto no se probó que el demandante hubiese estado sometido a un riesgo excepcional diferente al que normalmente debía soportar solicita se confirme la decisión de primera instancia.

III. C O N S I D E R A C I O N E S:

3.1.- Competencia:

Esta Corporación es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011[1].

3.2.- Determinación del Problema Jurídico:

En esta oportunidad la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá deberá determinar de acuerdo a la valoración del material probatorio, si la demandada es responsable en la modalidad extracontractual y patrimonial por el daño antijurídico causado a los demandantes y si el mismo es imputable con ocasión de la falla del servicio por la omisión en la entrega de los elementos de seguridad y protección para el servicio policial que conllevó a que el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO resultara lesionado cuando se desempeñaba como Comandante de la Estación de Policía de Guateque, o, si por el contrario, no se configuran los elementos de la responsabilidad.

---

[1] ***Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia.*** *Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.*

3.3.- Fundamento Constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Como es bien sabido, la cláusula general de responsabilidad del Estado se encuentra previsto en el art. 90 Superior, cuyo tenor es el siguiente:

> ***"Artículo 90.*** *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."*

3.3.1.- Del servicio público de policía

Tal como lo adujo el Consejo de Estado[2], el servicio de policía es:

> *"un servicio público a cargo del Estado encaminado a mantener y garantizar el orden público interno de la Nación y la convivencia pacífica, entre otros. Este servicio lo presta el Estado en forma permanente, exclusiva, obligatoria, directa, indelegable, inmediata e indeclinable, con el propósito esencial de procurar el desarrollo de la vida en comunidad, cuyo ejercicio se encuentra limitado en la observancia de la primacía de los derechos inalienables de las personas y los principios contenidos en la Constitución Política, las leyes y en la finalidad específica que su prestación persigue".*

De igual manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado[3] ha sostenido que atendiendo el régimen constitucional colombiano la noción de *"policía"* se refiere a: i) ciertas formas de la actividad coercitiva del Estado que se engloban bajo la categoría genérica de *"policía administrativa"*, tendientes a preservar el orden público y restablecerlo cuando fuere turbado, por lo que la función y la actividad de policía, es ejercido por determinadas autoridades y funcionarios competentes, dentro de los límites que le son propios; y ii) a la colaboración que prestan ciertos organismos a las autoridades judiciales en el desempeño de sus funciones de investigar los delitos, esto es, la *"policía judicial".*

En tal sentido se planteó en el **Decreto 1355 de 1970,** por medio del cual se expidió el otrora Código Nacional de Policía y dentro del cual se estableció como función del cuerpo policial la de proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los

---

[2] *Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 08 de abril de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-2000-03456-01(29195). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.*
[3] *Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016. Radicación número: 23001-23-31-000-2003-00269-01(35797). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)*

medios y con los límites estatuidos en la Constitución, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho.

Así mismo, en el artículo 29 de la norma en cita, se dispuso que el empleo de la fuerza y otros medios coercitivos tan sólo son viables cuando sea estrictamente necesario, y contempló taxativamente los eventos en que es procedente, así: **(i)** para hacer cumplir las decisiones y órdenes de los jueces y demás autoridades; **(ii)** para impedir la inminente o actual comisión de infracciones penales o de policía; **(iii)** para asegurar la captura del que debe ser conducido ante la autoridad; **(iv)** para vencer la resistencia del que se oponga a orden policial que deba cumplirse inmediatamente; **(v)** para evitar peligros mayores y perjuicios en caso de calamidad pública; **(vi)** para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes y **(vii)** para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves.

Concordante con lo anterior, debe precisarse que la Carta Política, en su artículo 2, establece dentro de los fines esenciales del Estado asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Para el logro de este objetivo se instituyeron las autoridades públicas, con el propósito fundamental de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, postulado que, con relación a la Policía Nacional fue desarrollado en el artículo 218 superior, al contemplarla como un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz[4].

3.3.2.- Del régimen de responsabilidad aplicable al caso en concreto

Atendiendo el contexto general del servicio público de policía, el lineamiento jurisprudencial consolidado por la Sección Tercera del Consejo de Estado ha definido que en relación con la responsabilidad estatal que se predica frente a los daños sufridos con ocasión de la muerte violenta o las lesiones padecidas en ejercicio de sus funciones por los servidores pertenecientes a la Fuerza

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo, sección Tercera, sub sección C. Sentencia de 8 de abril de 2014 Exp. No. 68001231500020000345601 (29.195). C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Pública –Policía Nacional, Ejército Nacional, Armada, Fuerza Aérea- y organismos de seguridad –como el DAS, es necesario tener en cuenta la **especial naturaleza de las competencias que éstos tienen a su cargo y que deben desempeña**r como tarea cotidiana en el normal discurrir de sus labores profesionales, toda vez que el ámbito de sus actuaciones se halla en el enfrentamiento permanente de la delincuencia común u organizada mediante la utilización de armas de dotación oficial, como medio para lograr el mantenimiento del orden público interno y la defensa de la soberanía nacional.

En tales condiciones, el ejercicio de sus funciones implica un alto grado de peligrosidad y riesgo en el que constantemente están exponiendo tanto su integridad física como la vida misma, situación que es bien conocida por los miembros de las fuerzas armadas y organismos de seguridad, cuando autónoma y voluntariamente deciden ingresar a dichas instituciones a prestar sus servicios.

Lo anterior, comporta una situación de permanente exposición en el ejercicio de funciones que a su vez implica un riesgo y peligrosidad relevantes por parte de militares, detectives y policías y que obviamente difiere sustancialmente de los riesgos y peligros que afronta el común de la ciudadanía, siendo reconocida por el ordenamiento legal mediante la consagración de un especial régimen prestacional que los cobija y que tiene en cuenta para el cálculo de los reconocimientos a que haya lugar en cada caso concreto, las condiciones particulares en las que los miembros de estas instituciones pierden la vida o sufren lesiones, en lo que ha sido denominado, doctrinal y jurisprudencialmente, un régimen de indemnización de perjuicios *a forfait* [5], así:

> *"(…) Por este motivo la ley ha consagrado un régimen de indemnización predeterminada o a forfait, como lo denominan los franceses, para los casos de muerte o lesiones en servicio activo simplemente, en actos comunes de servicio o en actos especiales, extraordinarios o eminentes de servicio de que tratan los* ***Decretos 2338 de 1971 y 094 de 1989 y que responden a la idea de riesgo o accidente de trabajo, sin consideración a la culpa o falla del servicio (responsabilidad patrimonial objetiva).***
>
> *Aquí se parte de la exigencia de una obligación de seguridad del empleado, lo que conduce a considerar una lesión o la muerte del trabajador como el incumplimiento o la violación de esa obligación.*

[5] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 15 de febrero de 1996, Expediente 10.033, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo. En el mismo sentido, Sentencia del 20 de febrero de 1997, Expediente 11756, M.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.*

> ***Por el contrario, cuando se logra probar la culpa del patrono o la falla del servicio el trabajador tiene derecho a la indemnización plena u ordinaria (Ley 6 de 1945, art. 12 literal b, inciso final).*** *(N y SFT)*

De conformidad con lo anterior, la existencia de la indemnización ***a forfait*** no significa de manera alguna que quienes ingresan a prestar sus servicios en las entidades de la Fuerza Pública u organismos de seguridad, estén renunciando implícitamente al derecho a reclamar la correspondiente indemnización plena de perjuicios, **cuando quiera que la muerte o las lesiones padecidas por alguno de sus miembros pueda imputarse a una falla del servicio o a la exposición a un riesgo excepcional**, puesto que, obviamente, también en el ámbito del ejercicio de estas actividades, sustancialmente peligrosas, puede darse el incumplimiento de mandatos legales, la imprudencia y la negligencia, que conduzcan a que el servicio no se preste, o lo sea en forma incorrecta o insuficiente, en tal forma, que ésta sea la causa del daño padecido.

Así mismo, puede suceder que **sin incurrir en una falla del servicio, la víctima haya sido puesta en condiciones tales de peligrosidad en el ejercicio de sus funciones**, que se haya sobrepasado el nivel de riesgo al que normalmente, en las mismas circunstancias, estarían expuestos los otros miembros de la institución, es decir, que haya sido expuesta a un riesgo excepcional que, por lo tanto, también daría lugar a deducir la responsabilidad de la respectiva entidad y a la reclamación de la indemnización de los perjuicios que se hayan ocasionado.

Posición reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado[6], cuando se reclama indemnizaciones por hechos que culminaron en una disminución de la capacidad laboral, así:

> *"(...)*
> *La Sala no comparte este argumento, pues existe* ***diferencia entre la indemnización que deviene de la reparación por los perjuicios causados en razón de la producción de un daño o "indemnización plena"*** *y la indemnización de tipo legal o* ***"indemnización a forfait" que pretende amparar a los miembros de los organismos de seguridad del Estado por los riesgos a los que se encuentran sometidos, en razón de su vinculación laboral****.*
>
> *Al respecto, la jurisprudencia ha señalado:*

[6] *Sentencia de 20 de febrero de 2014*

> *"(...) Cuando en el ordenamiento jurídico de manera previa se establecen* ***compensaciones, reconocimientos patrimoniales y prestacionales especiales -que en derecho francés se han denominado 'indemnización a forfait'-*** *su reconocimiento resulta compatible con la indemnización a cargo de quien es encontrado responsable de un daño,* ***por cuanto la causa jurídica de la primera es la ley, mientras que la causa jurídica de la indemnización plena proveniente de la responsabilidad es el daño mismo****. En otras palabras, los dos beneficios: el a forfait y la prestación indemnizatoria a cargo del responsable del daño, tienen causas jurídicas distintas y, por lo tanto, no se excluyen entre sí. (...)"*[7].

Aunado a que también la jurisprudencia del Consejo de Estado[8] de manera previa ha considerado que la afectación de los derechos a la vida e integridad personal de los miembros de la Policía Nacional constituye un riesgo propio del servicio que prestan como es el caso de las lesiones o muerte que se causan, por ejemplo, en desarrollo de operaciones de inteligencia, de inspección, de seguridad o de vigilancia, es decir en cumplimiento de operaciones o misiones propias de la Policía, por lo que cuando el riesgo profesional se concreta, al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna, **a menos que se demuestre que la lesión o muerte hubiere tenido origen en una falla del servicio** o de un riesgo excepcional que indique que fue un error de la Administración la causa directa del daño y no el mero ejercicio de las funciones encomendadas a los agentes de policía o que el funcionario fue expuesto a una situación inminente de peligro para la cual no estaba preparado y respecto de la cual no estaba obligado a afrontar por su condición de miembro activo de la Policía Nacional-

Teniendo en cuenta las consideraciones generales, la Sala precisa que cuando la causa y fuente del daño se encuentra ligada a un riesgo laboral que se materializa, el reconocimiento del perjuicio se realiza por vía de la **indemnización a forfait o legal,** mientras que si la fuente es diversa, como sucedió en el caso bajo análisis según la argumentación de la demanda, resulta **viable la indemnización plena de los perjuicios siempre y cuando se pruebe los elementos de la responsabilidad extracontractual** dado que la fuente y causa del daño no se encuentra relacionada con la vinculación laboral, sino en la falla del servicio por omisión en la entrega de elementos de seguridad y protección.

---

[7] Sentencia de 28 de abril de 2010, expediente No. 18111, actor: Hermilda Centeno Mier y otro, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[8] Sentencias del 15 de noviembre de 1995, exp. 10.286; 12 de diciembre de 1996, exp. 10.437; 3 de abril de 1.997, exp. 11.187; 3 de mayo de 2001, exp. 12.338 y de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 10 de junio de 2009. Expediente 17.658. Actor: Lesvia Ruth Gaviria Aristizábal y otros.

3.4.- Caso concreto:

Atendiendo entonces al régimen jurídico aplicable al *sub júdice*, y a partir de los fundamentos normativos y jurisprudenciales decantados en precedencia, procederá la Sala a resolver la apelación presentada por el apoderado de la parte demandante, respecto a establecer la existencia del daño antijurídico invocado para luego y en caso afirmativo, definir si tal daño resulta imputable a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL, en los siguientes términos:

3.4.1- De la existencia del daño

Está acreditado que el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO, para el 06 de noviembre de 2011 se encontraba vinculado a la entidad como Sargento Primero, asignado como Comandante de la Estación de Policía de Guateque, en la medida que es un hecho aceptado por los extremos en litis y de acuerdo a la documental que refiere la condiciones de comandante de la Estación de Policía de Guateque para el 06/11/2011.

Aunado a que fue allegado el oficio Nº 0890/DISPO 3-GRAGOA-ESTPO-GUATEQUE-29.11 (fls. 89 a 92), suscrito por el entonces Comandante de la Estación de Policía del Municipio de Guateque JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO, mediante el cual informó al Comandante de Distrito de Policía de Garagoa, los hechos acaecidos el 06 de noviembre de 2011 y del cual se destaca:

> *"(...) la novedad ocurrida el día 06 de noviembre de 2011, en horas de la madrugada, cuando siendo la 01:50 horas aproximadamente, nos encontrábamos en plan control cierre a establecimientos públicos y en momentos en que se atendía un caso de riña en el parque principal con ciudadanos que se encontraban alterando la tranquilidad ciudadana por la ingesta de licor y escuchar música a alto volumen, uno de ellos lanzó una botella a la patrulla policial de la unidad, vehículo de siglas 18-0054, placa CQY-395, ocasionándole ruptura del vidrio lateral puerta corrediza lado izquierdo, por lo cual el personal Policial procedió a conducir al agresor hasta las instalaciones policiales para su respectiva judicialización y debido a su alto grado de excitación y agresividad, en contra de los policiales fue necesario utilizar la fuerza, produciéndose daños a los elementos de comunicación, el ciudadano agresor fue identificado como MIGUEL ANTONIO NIÑO (...)*
>
> *(...)*
>
> *Además a causa de la agresión sufrieron lesiones con objetos contundentes los siguientes policías; Sargento Primero, FULA PULIDO JOSE IGNACIO, Comandante estación de Policía de Guateque, identificado con la cédula de*

ciudadanía Nº 7.163.455 de Tunja (Boyacá), de 40 años de edad nacido el 01/03/1971 en Duitama (Boyacá), estudios profesionales, estado civil casado (...)" (N y SFT).

De los hechos acaecidos, se adelantó el proceso administrativo prestacional por la lesión que sufrió el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO, bajo el radicado Nº 112/2011 atendiendo el informe de accidentes de la Policía (fls. 100 a 110) y el 30 de mayo de 2012 el comando del Departamento de Policía calificó el origen de la lesión sufrida por JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO como generada en el servicio por causa y a razón del mismo determinándola como enfermedad profesional y/o accidente de trabajo al tenor de lo preceptuado en el literal B del artículo 24 del Decreto – Ley 1796 de 2000 (fls. 122-123), decisión notificada el 25/06/2012 (fl. 124) y mediante acta adicional JML Nº 146 del 23 de julio de 2015, la Junta Medica laboral de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, determinó la disminución de la capacidad laboral del señor JOSE IGNACIO FULA PULIDO en un total de 38.14 % (fl. 128-130 y fls. 1451-1455 Cdno Nº4).

Aunado a la disminución de la capacidad laboral, conforme al oficio Nº S-2016-033022/JEFAT-GRUAD-29 del 07 de septiembre de 2016 (fl. 1476- Cdn 4), el Jefe de la Clínica Regional Tunja de la Policía Nacional calificó las lesiones del Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO para el servicio como con una **Incapacidad Permanente parcial en la modalidad de apto**, al encontrar una Herida cortante y Herida Región Frontal; coligiendo que los antecedentes fueron de lesiones, afecciones y secuelas así: 1. Cicatriz facial frontal izquierda. 2. Hipoacusia Neuro- Sensorial Oído derecho 50DB y Oído izquierdo 4.05 DB Y 3. Conjuntivitis.

Como consecuencia de las lesiones que el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO sufrió estando en el servicio y de acuerdo al oficio Nº 265466 de fecha 26 de septiembre de 2016, suscrito por el Tesorero de la Policía Nacional y atendiendo la calificación, le fue cancelado la suma de $ 38.169.193, 72, por concepto de indemnización el 04 de noviembre de 2015 (fl. 1523-1524 Cdno Nº4).

Así las cosas de lo destacado en precedencia, resulta efectivamente probada la existencia del daño que consistió en las lesiones y respectivas secuelas sufridas

por el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO, cuando se encontraba en servicio como Comandante de la Estación de Policía de Guateque, daño que fue resarcido pecuniariamente a través de la figura de la indemnización a fort fait.

Sin embargo, como la demanda fue enfocada a la falla del servicio por omisión derivada en la falta de entrega de los elementos de seguridad y protección para el servicio policial y que conllevó a que los uniformados resultaran lesionados, procede la Sala a examinar y determinar si del acervo probatorio se puede colegir la imputabilidad a la entidad por la omisión alegada.

3.4.2- De la imputación jurídica y nexo causal

Establecido lo anterior, se advierte que al plenario fue allegada copia del proceso Nº P-DEBOY-2011-185 adelantado por la oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía de Boyacá por los hechos ocurridos el 6 de noviembre de 2011 en el Municipio de Guateque contenido en los cuadernos 2 y 3, referenciando la apertura de la investigación a causa del oficio N° 890/DISPO3- Garagoa- Estpo – Guateque -29.11 (fls. 89 a 92), suscrito por el Sargento Primero JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO en calidad de Comandante de la Estación para la época y del cual específicamente se advierte:

> *"(...)*
> *Acto seguido los amigos con quien se encontraba el ciudadano conducido nos siguieron hasta las instalaciones policiales emprendieron contra el cuartel de policía intentando sacar a la fuerza a dicha persona, el grupo compuesto por más de 200 personas, intégrado por jóvenes en estado de alicoramiento, quienes cubrían su rostro con prendas de vestir, empezaron a lanzar piedras y botellas, escuchándose también varios disparos de arma de fuego contra el personal policial y las instalaciones de la estación de policía, por lo que el personal policial tuvo que replegarse dentro de las trincheras y* ***parte posterior de las instalaciones policiales teniendo que accionar sus armas de fuego (Pistola) realizando disparos al aire, evitando que dicha turba enardecida ingresara a las instalaciones policiales*** *(...) (NySFT).*

Teniendo en cuenta el procedimiento de la investigación disciplinaria, se obtuvo decisión final contenida en la calificación a sumario del 03 de noviembre de 2015 (fls. 1349 a 1386 –Cdn 3), con orden de declarar que no existía mérito para proferir resolución de acusación y en consecuencia cesó el procedimiento de los policiales uniformados y vinculados a la Estación de Policía de Guateque para el 06/11/2011, destacándose la declaración rendida

por el Señor Patrullero PAUNA JIMENEZ MILSON, identificado con cedula de ciudadanía N° 86.059.872 de Villavicencio, así:

> *"(...) CONTESTO: (...) nuevamente nos hicieron disparos a lo cual realice dos disparos al aire ya que se puso en alto riesgo mi vida y mi integridad y demás había sido agredido momentos antes. Al igual que todos los compañeros que reaccionamos tanto los compañeros de la estación Guateque como el grupo UNIR (...)*
> ***PREGUNTADO: Diga al Despacho si usted observó que el personal policial hizo uso de su arma de dotación. CONTESTO: en ese momento de la asonada escuché varios disparos, que realizaron los compañeros pero exactamente no sé quiénes de los compañeros dispararon o no.*** *(...)" (N y SFT)*

Aunado a lo anterior, las anotaciones de los **libros de guarda** refieren que en cumplimiento de sus funciones los uniformados realizaron disparos al aire para evitar que la turba ingresara a la estación.

Así las cosas y de acuerdo con los hechos planteados en el libelo relacionado con la falla del servicio por la omisión en la entrega de los elementos de seguridad, lo primero que se avizora es que está acreditado de acuerdo al **acta de entrega y recibo de la estación** calendada del 15 de septiembre de 2011 por parte del Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO, en calidad de Comandante entrante de la Estación Nº 0557/DISPO 3 Garagoa – ESTPO-Guateque -2.85 (fls. 58 a 73), toda la relación de los elementos de intendencia, comodato, comunicación, **armas asignadas** (pistolas[9]- fusiles[10]) **a cada uno de los policiales**, resumen general del material de guerra, novedades, entrega física de los equipos de telemática asignada, descripción de bienes y del parque automotor, del cual se destaca:

"(...)

RESUMEN GENERAL MATERIAL DE GUERRA

CLASE	***Cantidad***
FUSIL CALIBRE 5.56	*15*
PROVEEDORES CALIBRE 5.56	*75*
MUNICIÓN CALIBRE 5.56	*7.500*
PORTA FUSILES	*15*
PISTOLAS SIG SAUER MODELO SP 2022 CAL 9 MM	*12*
PROVEDORES PISTOLA SIG SAUER X 15	*36*
CARTUCHO GUERRA CAL 9 MM	*600*

[9] *Ver folio 63*
[10] *Ver folio 64*

Concordantemente, también se encuentra probado que la Estación de Policía del Municipio de Guateque **contaba de manera previa con un Plan de Defensa de fecha 15 de enero de 2011**, con el fin de instruir al personal policial y prevenir los ataques de los grupos al margen de la ley, a las instalaciones policiales, además para que el personal reaccionara oportunamente para evitar que la falta de planeación, coordinación, instrucción y materiales adecuados suficientes que permitan obtener resultados favorables para las unidades y personal de la institución (fls. 1531-1550 Cdno N°4) y en tal sentido se colige que el personal que prestaba el servicio policial era conocedor de las medidas y directrices como parte del plan de defensa.

Aspectos que se refuerzan con lo preceptuado desde la Resolución No. 03514 de 2009[11] *"Por la cual se expide el Manual para el Servicio de Policía en la Atención, Manejo y Control de Multitudes"* señalando como principios esenciales, los siguientes: *"a) Toda persona tiene derecho a la vida, a la seguridad de su persona y a no ser sometida a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. b) En primer lugar debe recurrirse a medios no violentos y se utilizará la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario para fines lícitos de aplicación de la ley. c) No se admitirán excepciones ni excusas para el uso ilegítimo de la fuerza. El uso de la fuerza será siempre proporcional a los objetivos lícitos. d) La fuerza se utilizará siempre con moderación; se reducirán al mínimo los daños y las lesiones. e)* ***Se dispondrá de una serie de medios que permita un uso diferenciado de la fuerza. Todos los policías recibirán adiestramiento en el uso de los distintos medios para el uso diferenciado de la fuerza y en el uso de medios no violentos****"*[12] *(NYSFT).*

Aunado a que, para la fecha del acaecimientos de los hechos, el Municipio de Guateque no era considerado como zona roja o de influencia subversiva, ni tampoco del manejo de un orden público especial, con relación a los municipios considerados como de alto riesgo, por lo que ello permitía que la dotación **suministrada fuera de aquella considerada normal**, consistente en el armamento corto, como pistola o revolver, atendiendo la función, uso, prevención y dotación del armamento suministrado al personal policial, regulada a través de la Resolución N° 04935 de fecha 12 de diciembre de 2013 (CD – fl. 249).

---

[11] *Ver CD obrante a folio 249*

Así que frente al argumento de la omisión en la entrega de los elementos de protección y seguridad adecuados en los que el demandante enfatiza como defensa antimotines, con la respuesta emitida y contenida en el oficio Nº S-2015-021840/DEBOY-ASJUR-1.10 (fl.132), suscrito por el Comandante del Departamento de Policía de Boyacá, de manera precisa indicó:

> *"(...)* ***Los elementos para el servicio de Policía, tanto en área urbana como rural, son todos aquellos recursos materiales que faciliten su labor****. Se clasifican en principales y complementarios.*
>
> ***1. Los elementos principales son los que debe utilizar el policía para la estación del servicio.***
> *a. Uniforme reglamentario.*
> *b. Palca de identificación policial.*
> ***c. Arma de dotación y su respectiva munición.***
> *d. Bastón de mando (tofa).*
> *e. Radio portátil.*
> *f. Linterna, esposas, pito, reloj, bolígrafo de tinta negra.*
> *g. Guía de teléfonos de emergencia.*
> *...*
> ***3. Los elementos complementarios del servicio son:***
>
> *a. Teléfono celular.*
> *b. Equipo de primeros auxilios.*
> *c. Chaleco reflectivo reglamentario.*
> *d. Brazalete de identificación del servicio que presta.*
> *(...)" (NY SFT)*

En consecuencia, para esta instancia es claro que los elementos para el servicio de Policía de protección y seguridad requeridos para enfrentar, controlar y mitigar cualquier tipo de disturbio o asonada en un Municipio o zona rural no identificada como de riesgo mayor o denominada *"zona roja"*, **no se pueden asimilar a los determinados y usados por el grupo especial** de disturbios antimotines del ESMAD contenidos en la Resolución Nº 03514 del 05/11/2009 como pretende el demandante, ya que de acuerdo a la documental, especialmente al acta de recibido de la estación de policía de la localidad del 15 de septiembre de 2011, el personal adscrito y vinculado de la estación de Guateque efectivamente recibió no solo el entrenamiento, sino los elementos de seguridad necesarios para prestar el servicio policial.

Lo anterior permite inferir a la Sala que de acuerdo a los hechos acaecidos el 06 de noviembre de 2011, en los que resultó lesionado el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO y otros uniformados de la Estación de Policía de Guateque, en

efecto sí se contaba con un procedimiento previamente determinado para la atención, manejo y control de multitudes, manifestaciones, disturbios o asonadas, cuyos elementos de seguridad y protección para la dispersión de los disturbios ó asonada **eran los determinados** en la **Resolución Nº. 00912 del 01/04/2009**[13] *"Por la cual se expide el reglamento del servicio de Policía"* específicamente señalados en el capítulo III artículo 157 y s.s, otorgados por la demandada al momento de la incorporación del personal, no encontrando prueba en contrario que permita inferir la ocurrencia de la falla alegada por la parte demandante.

Así las cosas, con el material probatorio se encuentra plenamente demostrado que los agentes de la Policía del Municipio de Guateque y especialmente el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO, para el 06/11/2011, portaban armas de dotación oficial las cuales accionaron con el fin de disolver la turba compuesta de algunos ciudadanos en contra de las instalaciones y uniformados, lo que corresponde a la conducta activa que debe desarrollar la policía en este tipo de eventualidades, lo que desvirtúa las argumentaciones del recurrente libelista al no encontrarse prueba de la omisión en la entrega de las armas de dotación y elementos de seguridad.

Para la Sala tampoco reposa prueba de las causas y circunstancias alegadas por la parte demandante como generadoras de la falla del servicio por omisión en relación a la **idoneidad, aptitud, capacidad** y **pertinencia** de los equipos y/o armamentos entregados y con los que contaban los uniformados de la Estación de Policía de Guateque para repeler los disturbios que se presentaron en la localidad el 06 de noviembre de 2011, no existiendo soporte para endilgar responsabilidad por el incumplimiento de deberes normativos o que el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO ,se hubiese expuesto a un riesgo grave, anormal y desproporcionado al que debía soportar en ejercicio de sus funciones como Comandante de la unidad policial.

Así las cosas y de acuerdo con las reglas procesales, es del caso señalar que en efecto la carga de la prueba pertenece a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte, por lo tanto, es indefectible demostrar, los hechos que sirven de fundamento fáctico de la demanda, de modo que la mera afirmación de los mismos no sirve para ello, más aún si atendemos el principio

[13] file:///D:/Descargas/Reglamento%20del%20Servicio%20de%20Polic%C3%ADa.pdf

de auto responsabilidad, en virtud del cual las partes que intervienen en el proceso tienen el deber de aportar y solicitar las que considere necesarias para fundamentar los supuestos de hechos alegados en la demanda, so pena de fracasar con sus pretensiones.

En consecuencia, resulta necesario confirmar la sentencia de primera instancia en la medida que la A- quo en forma acertada analizó el acervo, no logrando la parte demandante demostrar la falla en el servicio por omisión en la entrega de los elementos de seguridad y protección, ni por la falta de preparación de los uniformados que permita imputar algún tipo de responsabilidad a la demandada, así como tampoco se logró acreditar que el Señor JOSÉ IGNACIO FULA PULIDO, hubiese estado sometido a un riesgo excepcional diferente al que normalmente debía soportar o que por el ejercicio del cargo de Comandante de la estación estuviese obligado a asumir una carga diferente de los demás uniformados.

4.- Condena en costas segunda instancia

Finalmente, la Sala condenará en costas a la parte demandante en la medida que no prosperó el recurso de conformidad con lo previsto en el ordinal 3° del Artículo 365 del C.G.P., teniendo en cuenta que la parte demandada ejerció actuaciones procesales en segunda instancia (fls. 1604-1609), se fijan como agencias en derecho a cargo del recurrente demandante, la suma de Trescientos sesenta y ocho mil ochocientos cincuenta y ocho pesos ($368.858) que corresponde a **(1/2) salario mínimo mensual legal vigente**, ello, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del **Acuerdo 1887 de 2003** del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, la liquidación de las costas y de las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de diciembre de 2016, por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, pero por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante por no prosperidad en el recurso, de conformidad con lo previsto en el ordinal 3° del Artículo 365 del C.G.P.

TERCERO: Fijar como agencias en derecho a cargo de la parte demandante, la suma de Trescientos sesenta y ocho mil ochocientos cincuenta y ocho pesos ($368.858) que corresponde a (1/2) salario mínimo mensual legal vigente.

CUARTO: Por la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, liquídense las costas y las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

QUINTO: Aceptar la sustitución de poder realizada por el profesional del derecho ERIC MAURICIO GARCIA PUERTO, portador de la Tarjeta Profesional 102.178 CSJ, a la Abogada NANCY ALEJANDRA SANDOVAL SARMIENTO en los términos del memorial visto a folio 1609.

SEXTO: Abstenerse de reconocer poder a la Abogada NANCY ALEJANDRA SANDOVAL SARMIENTO (fl. 1610), por no acompañar el memorial con los requisitos que convaliden la calidad del representante legal o judicial de la entidad demandada.

SÉPTIMO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE.

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 JUN

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Manuel Guillermo Cárdenas Fonseca
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Expediente: 15001-33-33-015-2016-00267-01

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial que indica que el auto de 27 de noviembre de 2017 (fl. 430 y vto. c2) por medio del cual se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 27 de julio de 2017, se encuentra cumplido y ejecutoriado.

Al no solicitarse pruebas en la segunda instancia en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, sería del caso fijar fecha para la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante, conforme lo autoriza el artículo 247 del CPACA, este despacho considera innecesaria su celebración, razón por la cual requerirá a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. Vencido éste se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente, para que presente concepto si a bien lo tiene.

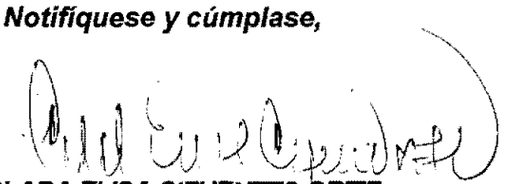
En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Prescindir*** *de la audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme a lo expuesto.*
2. *Correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión.*
3. *Vencido el término de que trata el numeral anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presente concepto si a bien lo tiene.*
4. *Transcurrido el término anterior, ingrese el expediente al despacho para sentencia.*

5. *Contra el presente auto no procede recurso alguno conforme lo establece el artículo 247 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 15 DIC 2017.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: ***Ana Teresa Miguez de López***
Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2016-00313-01

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 13 de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

Una vez sustentado tal como se evidencia en los escritos vistos a folios 463 a 484 y 485 a 492, mediante auto de 28 de noviembre de 2017 (fls. 496-497 y CD a fl. 498 c.2) el juzgado lo concedió en efecto suspensivo y ordenó remitirlo a esta Corporación.

Para resolver se considera:

1. Oportunidad:

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada al buzón electrónico el 17 de octubre de 2017, el recurso fue interpuesto y sustentado el día 30 de octubre de 2017 por la parte demandante y el 31 de octubre de 2017 por la parte demandada

Teniendo en cuenta lo anterior se dirá que el recurso fue ***presentado oportunamente.***

2. Procedencia:

El artículo 243 del CPACA prevé que "Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces..."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en ***primera instancia*** *y la sentencia que* ***accedió a las pretensiones de la demanda.*** *En efecto, el recurso presentado por las partes es procedente.*

3. De la conciliación:

El artículo 192 del CPACA, en su inciso 4, prevé:

> *"Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación,* ***que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso****. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso". Resaltado fuera de texto*

Observa el Despacho a folios (fls. 496-497 y CD a fl. 498 c.2), que el 28 de noviembre de 2017 se llevó a cabo audiencia de conciliación posterior al fallo, en la que comparecieron las partes y fue declarada fracasada.

En consecuencia, se

Resuelve:

1. ***Admitir el recurso de apelación*** *interpuesto por Ana Teresa Miguez de López y el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, contra la sentencia de 13 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.*

2. ***Notifíquese*** *personalmente éste auto al* ***Ministerio Público*** *delegado ante ésta Corporación de conformidad con el numeral 3 del artículo 198 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico No. ___ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucia Rincon Arango
Secretaria

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE:	**INOCENCIO DE JESUS BECERRA SANDOVAL**
DEMANDADO:	**UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP**
RADICACIÓN No:	**15238333975120150016101**

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada contra el fallo proferido el 26 de enero de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor **INOCENCIO DE JESUS BECERRA SANDOVAL** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP.**

II. ANTECEDENTES

***2.1.- LA DEMANDA*:** por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **INOCENCIO DE JESUS BECERRA SANDOVAL,** solicitó que se declarara la nulidad parcial de la resolución No. 7828 del 23 de febrero de 2009 mediante la cual la entidad demandada le reconoció la pensión de jubilación, lo mismo que la nulidad de las resoluciones Nos. PAP 34258 del 24 de enero de 2011, UGM 38256 del 13 de marzo de 2012, UGM

044990 del 3 de mayo de 2012, RDP 18428 del 6 de diciembre de 2012, 7692 del 20 de febrero de 2013, RDP 10347 del 4 de marzo de 2013, RDP 58038 del 23 de diciembre de 2013, RDP 1718 del 21 de enero de 2014 y RDP 1718 del 21 de enero de 2014, mediante las cuales la Entidad demandada reliquidó la pensión del demandante y posteriormente negó la petición que por segunda vez presentó el actor en ese mismo sentido, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordenara a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, reliquidar y pagar su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es el comprendido entre 1º de marzo de 2010 y el 28 de febrero de 2011; entre otras declaraciones y condenas.

Como fundamento de sus pretensiones el actor indicó que por haber cumplido los requisitos legales, la extinta CAJANAL le concedió una pensión de jubilación mediante la resolución No. 7828 del 23 de febrero de 2009.

Agregó que la Entidad demandada mediante la resolución No. PAPO 34258 del 24 de enero de 2011 reliquidó su mesada pensional.

Indicó que mediante apoderado solicitó a la Entidad demandada que reliquidara su pensión de jubilación con el promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, pues era beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993; no obstante la demandada negó tal pedimento y lo confirmó mediante los actos administrativos demandados (fl. 70-86).

2.2.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia proferida el 26 de enero de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, la Juez A quo manifestó que se encontraba probado que el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto en artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la que

indicó que le era aplicable la Ley 33 de 1985, no sólo para efectos del tiempo de servicios y edad, sino para determinar el valor de su pensión.

De acuerdo con lo anterior, y con base en la Sentencia de Unificación de 04 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, la Juez de instancia dispuso que la demandante tenía derecho a que se le liquidara su pensión de jubilación tomando como base todos los factores que constituían salario y que devengó en el año anterior a su retiro del servicio, que lo fue del 1º de marzo de 2010 al 28 de febrero de 2011 es decir, con la asignación básica, bonificación por servicios prestados, jornada nocturna, festivos dominicales, recargos nocturnos y las primas de servicios, navidad y vacaciones.

Finalmente, dispuso que la UGPP debería descontar de los factores salariales cuya inclusión se ordenaba, los aportes correspondientes con destino a salud y pensión, siempre y cuando sobre estos no se haya efectuado deducción legal (fls. 326-355).

2.3.- *EL RECURSO DE APELACIÓN.* Inconforme con la decisión de primera instancia, **la apoderada de la entidad demandada** la impugnó oportunamente indicando que por reunir el actor los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es beneficiario del régimen de transición, y por tanto, es viable reconocer su pensión de jubilación teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto establecido en el régimen anterior, esto es, el contenido en la Ley 33 de 1985, y que como el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es claro en establecer que las demás condiciones se rigen por lo estipulado en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, los factores sobre los cuales ha de liquidarse la pensión corresponden a los mencionados por la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, como lo es el Decreto 1158 de 1994 modificado por el Decreto 691 de 1994, sin que en los mismos estén enunciados los pretendidos por el demandante por lo que no se pueden incluir en el IBL.

De otra parte, aseguró que la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 29 de abril de 2015, dejó establecido que para los

cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sus liquidaciones pensionales se debían realizar con la edad, el tiempo de servicios y el monto establecido en el régimen anterior, sin que pudiera considerarse que el ingreso base de liquidación se calculara de la misma forma porque éste no fue un aspecto sometido a transición.

Finalmente solicitó que se revocara la decisión de condenar las costas a la demanda, pues indicó que durante el trámite procesal no mostró una actitud dilatoria o temeraria y además porque prosperaron parcialmente las pretensiones del demandante, en la medida que en la base pensional no fue incluida la bonificación por recreación (fl. 339-355).

2.4.- ALEGATOS DE CONCLUSION. En el término concedido para el efecto, los apoderados de las partes presentaron sendos escritos en los que reiteraron los argumentos expuestos en la alzada y en la demanda respectivamente (fl. 378-392 y 394 a 395).

Por su parte, la Agencia del Ministerio Público solicitó se confirmara la sentencia recurrida, esto es, acceder a la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, dado que con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente atendiendo a la obligatoriedad en las reglas jurisprudenciales de esa Corporación y a que en los actos demandados no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante en el último año de prestación de servicios (fl. 396-410).

III. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

En esta oportunidad la Sala deberá determinar si el demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios prestados, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación tomando en cuenta sólo los factores salariales establecidos en

el Decreto 1158 de 1995 y sobre los cuales se realizó aportes a pensión, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **(i)** Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado; **(ii)** Del alcance de la sentencias C-258 de 2013 y SU - 230 de 29 de abril de 2015 y SU-427 de 2016 emitidas por la Corte Constitucional; **(iii)** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones; y **(iv)** Caso Concreto y condena en costas.

3.1. De los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

El régimen de transición en materia pensional fue establecido en el artículo 36[1] de la Ley 100 de 1993, norma que permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años de edad y de las mujeres con más de 35 años de edad, o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), **se rigieran por el régimen anterior** en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en

---

[1] ***ARTICULO. 36.- Régimen de transición***. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

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

virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas anteriores a la vigencia de la citada Ley 100, en el inciso 3º se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión.

Frente a dicha contradicción, la jurisprudencia de Consejo de Estado[2] ha precisado que "*no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y* ***monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación****), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio".* (Resaltado fuera del texto).

---

[2]Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99, en los siguientes términos:

"(...) cuando la Ley empleó la palabra "monto", no fue para ***que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100***.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2° en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, ***que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2°.***" (Negrilla y subrayado fuer a del texto)

Así entonces, de lo expuesto se colige que el **monto** de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación, se rige, para las personas amparadas por el régimen de transición, por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación del principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En efecto, el régimen pensional anterior al establecido en la Ley 100 de 1993 resulta ser el previsto en la ley 33 de 1985, aplicable a los trabajadores del sector oficial, el cual en su artículo 1º consagra como regla general que tendrá derecho al reconocimiento y pago mensual de una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, el empleado que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años.

Por su parte, el artículo 3° de la ley 33, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, estableció que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante, el órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa en sentencia unificadora[3] proferida el 4 de agosto de 2010, adoptó la postura – aún vigente- en virtud de la cual, **la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación**

[3] Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 25000-2325-000-2006-07509-01 (0112-2009), C.P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO.

de servicios; tesis que se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso de las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías.

Acatando la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de unificación, resulta válido afirmar que todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, devengados periódicamente por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, y no sólo aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

3.2 De la obligatoriedad de las sentencias de unificación en relación con la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010

En reiteradas sentencias de esta Sala de Decisión se ha hecho referencia a la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016 y su relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, para arribar a la conclusión de que esta Corporación ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos ordinarios, razón por la cual es deber seguir los citados criterios jurisprudenciales, no solo en acatamiento de mandatos Superiores sino además por lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA.

En efecto, respecto de la sentencia T-615 de 2016 debe señalarse que sus consideraciones y efectos iban dirigidos a las partes objeto de la Litis en esa oportunidad y por ende, los mismos no pueden ser extendidos a todos los casos; a contrario, los precedentes, -como lo es la línea jurisprudencial

del Consejo de Estado- son fuente de derecho, ostentan carácter vinculante y constituyen mecanismo realizador de la igualdad jurídica, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011[4] y C-816 de 2011[5], por lo que desconocerlos implicaría por esa vía, un desconocimiento de la Ley.

Lo anterior fue confirmado en la sentencia del 22 de septiembre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se precisó el deber de aplicar las decisiones de unificación de esa Corporación, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes del Superior funcional y de por ende en vía de hecho. Al respecto manifestó lo siguiente:

> *"Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional[6], según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
>
> *(...)*
>
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015,* ***no resulta aplicable en asuntos de la***

---

[4] *"11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.[4]* ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante***" (Negrilla fuera de texto)

[5] *"5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.* ***En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida***" (Subraya fuera de texto)

[6] Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.

***jurisdicción contencioso administrativa**; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*

(...)

En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[7], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, reconoce la Sala que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2016, ordenó que se revocara la sentencia del 13 de octubre de 2016 proferida por la Sección Cuarta de esa Corporación, amparando el derecho al debido proceso de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social, disponiendo en consecuencia que se rehiciera el fallo, atendiendo los lineamientos fijados en esa providencia.

En cumplimiento de lo anterior, la Sección Segunda, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017[8], señaló que la mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de

[7] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 25000234200020l3-01541-01. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.
[8] Exp. 4683-13

servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, **como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.** Sin embargo este criterio fue modificado sustancialmente en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) no es un asunto sujeto a transición, y que por tanto, para los efectos de establecerlo, deberán tenerse en cuenta los factores efectivamente devengados por el pensionado, que tengan naturaleza remuneratoria del servicio *y sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.* En todo caso, la Corte en la primera de las sentencias mencionadas fijó la regla consistente en que tal interpretación se aplicará a las pensiones consolidadas con posterioridad al 7 de mayo de 2013.

Ahora bien, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado al respecto puede sintetizarse señalando que el régimen de transición de la ley 100 de 1993 debe reconocerse *i)* a la luz de los principios de integridad e inescindibilidad normativa, *ii)* con los conceptos de **monto** e **ingreso base de liquidación** como una unidad conceptual, *iii)* teniendo en cuenta que los factores de liquidación contenidos en la normatividad anterior tienen naturaleza meramente enunciativa y no son taxativos, y, finalmente, *iv)* que debe ordenarse el descuento de los aportes sobre los factores salariales que se ordena incluir en la base de liquidación pensional, a los efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Una decisión en sentido contrario vulneraría los principios de progresividad y favorabilidad, además comprometería derechos laborales de raigambre constitucional.

En suma, si bien acepta la Sala la tesis expuesta en la sentencia de tutela de la Sección Quinta del Concejo de Estado, también lo es que el Órgano Vértice de la Jurisdicción, específicamente la Sección Segunda, ha trazado una consolidada línea jurisprudencial que se integra por una sentencia de unificación y por varios pronunciamientos en sede de tutela y procesos

ordinarios, la cual debe ser aplicada a todos los supuestos fácticos amparados por el régimen de transición; por tanto, esta Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente[9].

En consecuencia, bajo tales precisiones procederá la Sala a examinar el caso concreto.

3.3. Caso concreto.

Según consta en el plenario, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), el demandante tenía más de 40 años de edad (nació el 27 de febrero de 1952 CD documento 4 fl. 123), circunstancia que conduce a concluir que al cumplir con uno de los requisitos previstos en el inciso 2º del artículo 36 de la mencionada codificación, es beneficiario del régimen de transición allí previsto. En consecuencia, para efectos de determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 sin que sea procedente aplicar lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues como se indicó en el marco normativo de ésta providencia, se debe aplicar en su integridad la Ley 33 de 1985, y al haber unificado su jurisprudencia el Consejo de Estado, estableciendo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los empleados oficiales, todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio, entrará la Sala entonces a examinar qué factores devengó el demandante del 30 de marzo de 2010 al 28 de febrero de 2011 (fl. 32).

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 39546. M.P. Jose Luis Barceló Camacho

En efecto, al revisar el certificado de factores salariales expedido por la Subgerente Administrativa de la Empresa Social del Estado Hospital Regional de Duitama (fls. 319-324), se constata que el demandante durante el último año de servicio laborado devengó los siguientes factores salariales: **asignación básica, festivos, dominicales, recargos nocturnos, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por recreación.**

La extinta CAJANAL mediante la resolución No. 7828 del 23 de febrero de 2009 reconoció al demandante una pensión vitalicia de jubilación (fl. 11-15).

Posteriormente, por medio de la resolución PAP 034258 del 24 de enero de 2011, la extinta CANAJANAL reliquidó la pensión de jubilación reconocida al actor elevando la cuantía de la mesada (documento 40 CD fl. 123).

Ahora, al hacer la comparación de los factores salariales reconocidos por la entidad demandada y los devengados por el actor en el último año de servicios prestados (**1º de marzo de 2010 al 28 de febrero de 2011**), encuentra la Sala que en el acto administrativo de reliquidación pensional **NO** tuvo en cuenta los siguientes factores salariales: **festivos dominicales, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por recreación.**

Precisa la Sala que aunque se encuentra demostrado que el demandante también devengó durante el último año de servicios, **la bonificación por recreación**, no será computable para efectos pensionales, como quiera que el objeto de la bonificación por recreación no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de su vida, y además, que el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001 dispone expresamente que dicha bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal.

En este orden de ideas, concluye la Sala que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, -conforme lo expuesto en acápite anterior-, lo mismo que en acatamiento de mandatos Superiores y de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 del CPACA, la pensión de jubilación reconocida al demandante debe reliquidarse con la inclusión todos los factores salariales que devengó en el año anterior al retiro del servicio, es decir, **asignación básica, festivos dominicales, recargos nocturnos, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad** y con efectos fiscales a partir del 1º de marzo de 2011, día siguiente al retiro definitivo del servicio.

En suma y en contraposición al argumento de apelación elevado por la entidad accionada, y concerniente a la aplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015, es oportuno enfatizar como se hizo en el acápite de marco jurídico de esta providencia, que la Sala mantendrá incólume su posición de seguir dando aplicación a la sentencia de Unificación emitida por el H. Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, dado su carácter vinculante como fuente formal y material del derecho y porque su inobservancia haría incurrir a esta Corporación en causal específica de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales, así como también la configuración del punible por desconocimiento del precedente.

- De la prescripción

Teniendo en cuenta que al demandante se le notificó el **5 de marzo de 2009** la resolución No. 7828 de 2009 mediante la cual se le reconoció su pensión de jubilación (documento 15 CD fl. 123) y que el **29 de agosto de 2011 (fl. 22),** presentó la primera petición de reliquidación de su pensión de jubilación, la que como lo dispone el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969[10], **solo interrumpe el término prescriptivo por una**

[10]**Artículo 102º.**- Prescripción de acciones.
1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

vez, mientras que la demanda fue presentada el 15 de enero de 2016 fecha en que presentó la demanda (fl. 86), en tal sentido, advierte la Sala que las mesadas causadas con anterioridad al **15 de enero de 2013** se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción trienal previsto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[11], y 102 del Decreto 1848 de 1969. Por tanto, la decisión que en primera instancia encontró no probada esta excepción debe ser revocada.

3.4. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones:

En este punto, reiterando la postura que se ha venido adoptando por esta Sala de Decisión[12], se dispondrá que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor **INOCENCIO DE JESUS BECERRA SANDOVAL**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva **en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso del demandante no podrá superar el valor de la condena a su favor.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

---

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

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

[12] Ver entre otras, sentencias de 28 de junio de 2016 exp. 2013-732-00, Sentencia de 13 de septiembre de 2016 exp. No. 2013-674-00, y sentencia de 13 de septiembre de2016 exp. 2014-83-00, con ponencia del suscrito.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

3.5 Del carácter objetivo de la condena en costas y de la excepción prevista en el C.G.P.

De otro lado, señala la recurrente que debe revocarse la condena en costas y agencias en derecho impuesta por la Juez de primera instancia, por cuanto la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha sido uniforme en señalar que ésta procede solamente cuando la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, actitud que asegura no ha existido por parte de la entidad demandada.

En efecto, en lo que refiere a la condena en costas, hay que decir que se produce un importante cambio en relación con la regulación que venía operando en el proceso contencioso administrativo, sistema que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 171 del C.C.A, dependía de si la parte vencida en el proceso había actuado con temeridad o mala fe, es decir, se trataba de un sistema subjetivo, toda vez que la norma en mención disponía que la condena en costas se haría "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes". De acuerdo con lo previsto por el artículo 188 del C.P.A.C.A[13]., las costas se regulan mediante remisión al Código de Procedimiento Civil (art. 392)[14], en virtud del cual el nuevo sistema es objetivo, pues recordemos que la regla general del estatuto procesal enseña que se condena en costas a la parte vencida en el proceso sin que sea necesario examinar el comportamiento procesal de la parte, salvo cuando se trate de procesos donde se ventile un interés público[15].

---

[13]**C.P.A.C.A. Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en 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.

[14]**C. de P.C. Artículo 392.-** Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º mod. 198. Modificado. Ley 794 de 2003, en art. 42. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Modificado. Ley 1395 de 2010, art. 19. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso**, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión, o anulación, que haya propuesto.

(...)

3. **En la sentencia se segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.**

[15]Benavides José Luis, "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 Comentado y Concordado, primera edición, Universidad Externado de Colombia, paginas. 418 y 419.

Ahora, teniendo en cuenta que las costas[16], comprenden, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho,** entendidas como los gastos de apoderamiento en que ha incurrido el demandante aun cuando hubiese litigado personalmente, resulta procedente su fijación conforme lo prescribe el artículo 365 del C.G.P, acudiendo para ello a lo establecido en el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En este orden de ideas, y examinando la determinación adoptada por la Juez de primera instancia, observa la Sala que en el sub judice las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente por virtud de la declaratoria de prescripción parcial de las mesadas pensionales del actor, por ello, deberá revocarse la condena en costas impuesta en primera instancia y adoptar las determinaciones a que haya lugar.

IV. COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia dado que el recurso de apelación resultó parcialmente favorable a la recurrente, conforme lo dispuesto en el ordinal 5° del Artículo 365 del C.G.P.

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmado, pero se REVOCARA parcialmente el numeral 2º para declarar probada la excepción de prescripción y totalmente el numeral 5º en el sentido de no condenar en costas en primera instancia y finalmente, se **MODIFICARÁ** el numeral 4º de la parte resolutiva en el sentido ordenar que de la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, se efectúen los descuentos de los aportes al Sistema General

---

[16]Blanco Hernán, Procedimiento civil, tomo I. Dupré Editores, Bogotá Colombia 2005, pág. 1022. "las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, **las agencias en derecho, ósea el pago de los honorarios de abogados que la parte ganancia efectuó,** y a la que le deben ser reintegradas." [16]

de en Pensiones durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de enero de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Excepto el numeral 2º que se REVOCARÁ PARCIALMENTE, el numeral 5º que se REVOCARÁ TOTALMENTE y el numeral 4º que se MODIFICARÁ, y se adicionará un numeral a la parte resolutiva, los cuales quedarán así:

> *"**SEGUNDO:** Declarar no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION O COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE VULNERACION DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES, propuestas por la entidad accionada, por las razones expuestas".*
>
> *(...)*
> ***CUARTO:** De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor **INOCENCIO DE JESUS BECERRA SANDOVAL**, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** con destino al Sistema General de Salud y Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.** El monto máximo en el caso del demandante, no podrá superar el valor de la condena a su favor.*
>
> *En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de*

remediar su giro devaluado.

QUINTO: *Sin condena en costas en esta instancia.*

(...)

OCTAVO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN *de mesadas propuestas por la entidad demandada, en consecuencia, la reliquidación que se ordena en el numeral tercero de esta providencia tendrá efectos fiscales a partir del* ***15 de enero de 2013****, pues las anteriores a esta fecha se encuentran prescritas, conforme lo expuesto".*

Segundo: Sin condena en costas en segunda instancia.

Cuarto: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados:

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMADANTE: INOCENCIO DE JESUS BECERRA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 15238333975120150016101

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, diciembre catorce (14) de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Jaime Armando Castellanos Amador***
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP
*Expediente: 15238-33-39-751-**2015-00280**-01*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de primera instancia proferida el ***11 de julio de 2017*** *por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por* ***Jaime Armando Castellanos Amador.***

I. ANTECEDENTES

➢ ***Demanda (f. 2-15):***

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ***Jaime Armando Castellanos Amador****, a través de apoderado judicial, pidió declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:*

* ***Resolución No. RDP 036936 de 5 de diciembre de 2014****, expedida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la UGPP, por la cual se negó la reliquidación de la pensión (f. 21-22)*

* ***Resolución No. RDP 006189 de 16 de febrero de 2015,*** *expedida por el Director de Pensiones de la UGPP que, al resolver un recurso de apelación, decidió confirmar en su totalidad la resolución anterior (f. 24-25 vto.)*

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se reliquide la pensión de jubilación sobre el 75% de la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior al retiro, dando aplicación al IPC, comoquiera que se retiró el 30 de diciembre de 2001, debiendo esperar hasta el 18 de junio de 2003, fecha en la cual cumplió la edad;

que se ordene el pago de las diferencias entre lo que se le ha venido pagando y la sentencia que ponga fin al proceso, a partir de la adquisición del status de pensionado hasta el momento de inclusión de en nómina; que se realicen los ajustes de valor conforme al IPC; que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y se condene en costas a la entidad demandada.

Como normas violadas señaló los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política; las Leyes 33 y 61 de 1985, 4 de 1966; el Decreto 1743 de 1966.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 130 y ss. c.2)

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas por las siguientes razones:

Contrajo el problema jurídico a determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, incluyendo en el IBL todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985, por estar amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Luego de referirse al régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, sostuvo que el Consejo de Estado, en sentencia proferida el 4 de agosto de 2010 explicó que los factores señalados en la Ley 33 de 1985 son enunciativos y no taxativos, de manera que debe incluirse en la base de liquidación pensional todo lo que habitualmente reciba el trabajador como contraprestación de sus servicios.

Sobre las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, manifestó:

> *"... la entidad demandada solicita la aplicación del precedente fijado por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el cual no es aplicable al sub examine, dado que en el primer fallo citado está referido al régimen pensional de otra clase de servidores públicos, como es el caso de congresistas y magistrados de altas cortes, quienes eran los destinatarios del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 declarado parcialmente exequible. Posición que es acorde con el criterio fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencias de unificación de 04 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 (...), al tenor de las cuales, el IBL es parte integrante del régimen de transición y, por ende, se debe acudir a las disposiciones de la Ley 33 de 1985, criterio igualmente acogido por el Tribunal Administrativo de Boyacá" (f. 133 vto.)*

Descendiendo al caso concreto, sostuvo que el demandante laboró desde el 1 de octubre de 1975 al 30 de diciembre de 2001, siendo su último cargo Registrador Municipal de Paipa; que adquirió el status pensional el 18 de junio de 2003.

Que, durante el último año de servicios, adicional a la asignación básica, horas extras, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad, devengó, además, auxilio de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

Finalmente, sobre el fenómeno prescriptivo, adujo que el derecho se reconoció el 3 de mayo de 2004 y la petición se presentó el 14 de agosto de 2014, por tanto, concluyó, se encuentran prescritas las mesadas causadas antes del ***14 de agosto de 2011.***

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión, las partes presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

- ***Jaime Armando Castellanos Amador (f. 145):***

Sostuvo que la jueza de primera instancia omitió ordenar la indexación de la primera mesada pensional. Que, si bien al momento de reconocimiento pensional la entidad demandada indexó la primera mesada pensional, también es cierto que, al ordenarse la reliquidación pensional con todos los factores salariales cambia la base de liquidación y, por tanto, se debe indexar la primera mesada con el nuevo valor.

- ***Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (f. 146 y ss.):***

Manifestó que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición que contempla el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, la entidad le reconoció la pensión teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios y el monto establecidos en el régimen anterior, es decir la Ley 33 de 1985; y en cuanto a los factores sobre los cuales se debe liquidar la pensión, tuvo en cuenta los que contempla la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

Respecto de los factores ordenados como fueron ***subsidio de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad****, dijo que las pensiones de los empleados oficiales, de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos que hayan servido de base para calcular los aportes y, por esta razón, no es procedente la reliquidación con la inclusión de aquellos sobre los cuales no se ha efectuado aportes. Citó in extenso, salvamento de voto del Doctor Gerardo Arenas Monsalve a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado.*

Pidió que en este caso se atienda lo dispuesto en la Sentencia C-258 de 2013, que ordenó incluir en las liquidaciones pensionales únicamente los factores sobre los cuales se hicieron aportes; que, aunque el actor devengó otros emolumentos como se encuentra demostrado en el proceso, no obra prueba de los aportes realizados sobre los mismos, de manera que no hay lugar a ser considerados para determinar el monto de la pensión.

Reiteró que la sentencia señalada es de obligatorio cumplimiento en todos los casos en que se discuta el monto pensional; que, si bien esa decisión se contrae a la situación relacionada con las pensiones más altas, específicamente, las reconocidas a Congresistas y Magistrados de Alta Corte, debe extenderse su contenido a todos los demás servidores públicos por cuanto se trata de principios generales encaminados a salvaguardar los recursos destinados al pago de pensiones.

Solicitó se dé aplicación a la Sentencia SU-230 de 2015 en la que la Corte Constitucional reiteró la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y ratificó la posición de la Corte Suprema de Justicia, es decir, que la pensión bajo régimen de transición se liquida respetando la edad, el tiempo en cotizaciones y el monto correspondiente al régimen anterior, pero el IBL se rige por la Ley 100 de 1993.

Agregó que, de confirmarse la sentencia impugnada, se quebrantan los principios de solidaridad y sostenibilidad presupuestal, por cuanto los aportes al régimen general de pensiones deben ser los mismos sobre los que se debe liquidar la pensión; lo contrario implicaría un desequilibrio en el sistema financiero del régimen y un detrimento para los afiliados con expectativa de pensión.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término de traslado para alegar de conclusión, los extremos laborales se pronunciaron en los siguientes términos. El Ministerio Público guardó silencio.

- ***Jaime Armando Castellanos Amador (f. 237 y ss.):***

Dijo que la demandante se encuentra amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de manera que se debe reliquidar la pensión con los factores salariales establecidos en las Leyes 33 y 62 de 1985, los cuales no son taxativos sino enunciativos.

Refirió que régimen de transición es una garantía constitucional que gozan determinadas personas para que se les reconozcan los derechos conforme a las normas anteriores "es decir, si se encuentra dentro de los requisitos del régimen de transición LA NUEVA LEY NO LES APLICA, sino la ley anterior..."; explicó que las primas de navidad y vacaciones constituyen factor de salario para liquidar pensiones y cesantías a pesar de tener la naturaleza de prestaciones sociales.

Sobre la aplicación de la sentencia SU-230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, manifestó que estudió la prestación de un pensionado que ostentaba la calidad de trabajador oficial, lo cual difiere del presente caso, toda vez que el demandante ostentaba la calidad de empleado público; indicó que, extender sus efectos viola los derechos fundamentales y el orden jurídico.

Se pronunció sobre la procedencia de la indexación de la primera mesada, sobre los aportes para pensión y dijo que transcurridos 5 años a partir de la fecha en que se generó la obligación la acción de cobro prescribe y su pago no puede ser exigido.

- ***Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (f. 182 y ss.):***

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y sostuvo que los factores que deben ser incluidos en la base de liquidación pensional, no son otros que los enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, sobre los cuales el beneficiario haya realizado los aportes correspondientes.

Citó in extenso el salvamento de voto presentado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 por el Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve y adujo que una aplicación como la que realizó el Consejo de Estado, "conduce a la concesión de

beneficios manifiestamente desproporcionados con desconocimiento de la normativa prevista para tal fin, y de los principios de solidaridad e igualdad" (fl. 183)

Solicitó la aplicación de las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional, respecto a la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el presente asunto; citó la sentencia SU-427 de 2016 proferida por la Corte Constitucional.

Igualmente, trajo en cita las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 25 de febrero de 2016 y el 11 de julio de 2017 y 15 de diciembre de 2016 en el proceso con radicación número 2016-00625-01, siendo ponente el Consejero Doctor Carlos Enrique Moreno y adujo:

> *"...es del caso traer a colación el reciente pronunciamiento expuesto por el* ***H. Consejo de Estado- Sección Quinta****, en la que se ordenó a la sección segunda de dicha corporación, proferir una nueva decisión respecto del fallo que confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que ordenó reliquidar el derecho prestacional de la demandante, sin atender los criterios jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional dispuestos en las sentencias C-258 de 2013 y la SU-230 de 2015, pues en su criterio aun cuando la demanda de reliquidación pensional fue instaurada con anterioridad a que se profiriera dichas sentencias, ello no era óbice para no dar aplicación a los precedentes de la alta corte, pues al momento de dictar sentencia el precedente jurisprudencial en cuestión se encontraba vigente; recordó que los mismos son obligatorios y vinculantes, inclusive para los jueces de inferior jerarquía, (...)" (fl. 196)*

Solicitó que en segunda instancia no se condene en costas, toda vez que no se advierte temeridad o mala fe de la UGPP.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el ***11 de julio de 2017*** *por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por* ***Jaime Armando Castellanos Amador.***

5.1. De la obligatoriedad de las sentencias de unificación.

La Ley 1437 de 2011, tiene como una de sus finalidades fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar ***procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa:***

Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de ***unificación jurisprudencial del Consejo de Estado*** *a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos.*

El artículo 270 del CPACA preceptúa:

> *"Para los efectos de este Código se tendrán como* ***sentencias de unificación*** *jurisprudencial* ***las que profiera o haya proferido*** *el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social* ***o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia****; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009." (Negrilla fuera de texto)*

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación previó:

> ***"Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.*** *Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia,* ***deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas****" -Resaltado fuera de texto. -*

En efecto, si la función de unificar los criterios e interpretaciones del ordenamiento jurídico está ***confiada a los órganos de cierre de las instancias en las distintas especialidades de la jurisdicción****, son estos criterios los que deben prevalecer ante las distintas interpretaciones de la ley que otros jueces de todo orden puedan tener en garantía de los bienes jurídicos prenombrados. De manera que el margen de interpretación normativa de las autoridades está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los altos Tribunales.*

5.2. De los factores salariales en el régimen de la Ley 33 de 1985 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010, expediente con Radicación No. 25000-2325-000-2006-7509-01, luego de examinar las distintas posiciones jurisprudenciales sostenidas por esa Corporación, se detuvo en señalar la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, el principio de progresividad que debe orientar las decisiones en materia de prestaciones sociales y el principio de

favorabilidad que debe atenderse en la interpretación de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, concluyó que:

> *"...en consonancia con la normatividad vigente y las directrices trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los* ***factores que constituyen salario****, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación por sus servicios,* ***independientemente de la denominación que se les dé****, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios,* ***entre otros****, sólo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador puede verse enfrentado.*
>
> *Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación-, esto es a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efecto de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*
>
> *No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como se expuso en las consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye* ***un referente normativo*** *que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir en el momento de efectuar el reconocimiento pensional." Resaltado fuera de texto.*

Así pues, en casos de reliquidación de pensiones de personas en régimen de transición de Ley 100 de 1993, el Consejo de Estado tiene sentados como criterios, en primer lugar, que el monto de la pensión no puede desprenderse del régimen anterior aplicable; y, en segundo lugar, que en materia de factores pensionales las Leyes 33 y 62 de 1985 los señalaron de manera enunciativa y, en consecuencia, deben incluirse todos los que tengan carácter salarial devengados en el último año de servicios.

En consecuencia, la Sala adopta el criterio jurisprudencial de Sala de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado por constituir precedente de obligatorio cumplimiento.

5.3. De las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Sea lo primero reiterar que el pronunciamiento contendido en la Sentencia C- 258 de 2013 tuvo como destinatarios a los pensionados con régimen de Congresistas y a los Magistrados de Alta Corte[1], ello en interpretación del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992[2].

---

[1] *"...4.1.1. Alcance del control constitucional rogado de las leyes*

La Constitución confirió a la Corte Constitucional muy amplios poderes en orden a preservar la supremacía y la integridad del ordenamiento superior. Sin embargo, como elemento de garantía del sistema y de preservación del principio de separación de poderes, cuando la Corporación conoce de una demanda ordinaria de inconstitucionalidad, no puede ejercer un control oficioso sobre la constitucionalidad de todo el precepto u otras disposiciones, sino que su análisis debe circunscribirse a la norma acusada y a los cargos propuestos por el demandante.

En este caso, los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas; entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación –artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado –artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-.

En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros[1]. En consecuencia, la que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992." *Subrayado y resaltado fuera de texto.*

[2] *"ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto,*

En segundo lugar, no se pasa por alto, las distintas sentencias proferidas en vía de tutela por el Consejo de Estado en materia del IBL que corresponde aplicar a quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 que, dicho sea, no representan una línea pacífica, en tanto unas han considerado que debe ser el previsto en la Ley 100 de 1993 y otras, por el contrario, que debe aplicarse el establecido en la Ley 33 de 1985[3].

Ahora, la Sentencia SU-230 de 2015 lo que hizo fue es extender la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013.

Mención particular merece la sentencia de tutela proferida el ***15 de diciembre de 2016*** *proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Ponente Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en el proceso con Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01334-01, Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social – UGPP y demandados: Consejo de Estado Sección Segunda – otro, que dejó sin efecto la sentencia de unificación que profiriera la Sección Segunda del Consejo de Estado sentencia el 25 de febrero de 2016 dentro del proceso número 25000 2342 000 2013 01541-01 (4683-2013) con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve en la que, en vía ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho, había determinado que para los beneficiarios del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el IBL era el determinado en la Ley 33 de 1985.*

Ahora, en cumplimiento de la sentencia de tutela acabada de mencionar, la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia de reemplazo el 9 de febrero de

---

perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.
PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

[3] Las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de mayo de 2016 con ponencia del Consejero Doctor Alberto Yepes Barreiro en el proceso radicado No. 11001-03-15-000-2016-00132-01, siendo accionado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A y por el Consejero Doctor Carlos Moreno Rubio en el expediente Radicado No. 11001-03-15-000-2015-03135-01 en la que fue demandado el Tribunal Administrativo del Cesar, coinciden en señalar que, en materia del IBL de pensiones, cuando se trata de resolver casos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe seguirse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 conforme a las cuales, el mencionado asunto debe dilucidarse atendiendo las previsiones de la Ley 100 de 1993 y no las señaladas en el régimen anterior. Por el contrario, la sentencia de tutela proferida en el Expediente con Radicación No. 11001031500020160009400 el 22 de septiembre de 2016, con ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera señaló el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, por consecuencia, en vía de hecho.

2016[4] providencia que inició sus consideraciones con la siguiente precisión "Desde ahora, la Sala advierte que la sentencia en los términos que aquí se adopta obedece, simple y llanamente, al cumplimiento del fallo de tutela del 15 de diciembre de 2016, empero, no constituye una modificación al criterio interpretativo que del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993, ha sostenido la Sección Segunda de esta Corporación..." postura que se concreta en las conclusiones[5]. En estas condiciones, esta decisión no tiene el carácter de precedente en cuanto su decisión.

Cabe resaltar que el máximo Tribunal de cierre de la jurisdicción contenciosa en decantada jurisprudencia ha señalado que ***el régimen de transición implica el monto*** *y que cuando se acude a la norma anterior para efectos pensionales debe respetarse el principio de inescindibilidad que impone la aplicación integral de la norma,* ***criterio que ha imperado por casi 20 años de manera invariable.***

---

[4] *Consejero Ponente Doctor Cesar Palomino Cortes*
[5] *"...5. Conclusiones:*
5.1. El Consejo de Estado, reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo.
5.2. No se hace evidente que el reconocimiento pensional, bajo el criterio del Consejo de Estado afecte las finanzas públicas, menos cuando el impacto fiscal no pueden limitar el acceso a las prestaciones sociales y pensionales. Además, ha sido línea jurisprudencial de esta Corporación ordenar los descuentos para efectos de cotización, sobre los factores salariales que no se hubieren hecho, pues se repite, en Colombia, no hay pensiones graciosas, salvo, la especialísima del personal docente.
5.3. La mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componente de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.
5.4. En el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra consagrado el principio de favorabilidad y conexo a éste, el principio de inescindibilidad, en la medida que la norma que se adopte debe aplicarse en integridad y se prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales. Al escindir la norma se compromete el derecho a la igualdad en materia laboral, el principio de favorabilidad de raigambre constitucional, los derechos prestacionales ciertos e indiscutibles que contiene el mínimo de beneficios en favor de la parte más débil de la relación laboral y su efectividad.
5.5. La regla de interpretación ínsita en la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con la sentencia SU-530-15 y T-615-16, a todos las situaciones amparadas por el régimen de transición, y cobijadas tanto leyes generales como especiales anteriores a la ley 100 de 1993, no contiene todos los elementos necesarios para resolver cada uno de los casos particulares del régimen de transición que ocupan la atención de esta Corporación como órgano de cierre y que constituyen el precedente en la jurisdicción Contenciosa Administrativo.
5.6 Aplicarse de tajo la línea jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en las pensiones amparadas por regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad, y favorabilidad, compromete los derechos fundamentales del pensionado. También compromete la autonomía del juez contencioso administrativo, que es el único competente constitucionalmente, para el control de legalidad de los actos administrativos particulares y concretos a la luz de los principios constitucionales y legales.

Sobre el tema el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, ha sostenido de ***forma pacífica****, que el régimen precedente relativo a edad, tiempo de servicio* ***y monto de la pensión****, aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo,* ***regula la materia relacionada con el ingreso****, así quedó precisado en la sentencia de septiembre 21 de 2000 Expediente No. 470/99 Consejero Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda. Igualmente, sobre los alcances del régimen de transición la Sección Segunda – Subsección "B" del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, sostuvo que "...son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio. En el caso presente, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen...". Aspecto que de forma aún más amplia y con análisis de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, se abordó en la sentencia proferida el 9 de febrero de 2017 por la* ***Sala Plena*** *de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que por su importancia se cita en extenso:*

> *"...La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha entendido, en materia pensional que el "monto"; hace referencia "no sólo al porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección."*[6]
>
> *La referida Corporación, sobre ese tópico, ha precisado que:*
>
> *"...'monto' ...suma de varias partidas...advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra monto...no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir, el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de la pensión es sólo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra* ***monto de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho*** *que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de factores que deben tenerse en cuenta..."*[7]
>
> *También, sobre el mismo concepto, ha expresado esta Alta Corporación, que:*
>
> *"...interpretación del Consejo de Estado ha sido uniforme desde hace 20 años respecto del concepto de "monto", entendiendo que el monto e ingreso*

---

[6] *Consejo de Estado. Sentencia de Unificación del 26 de febrero de 2016*

[7] *Consejo de Estado. Radicación 470-99 sentencia del 21 de septiembre de 2000. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.*

base de liquidación, es solo un concepto, el cual se caracteriza por ser inescindible..."[8]

Por su parte, la Corte Constitucional, sobre la noción de "monto", ha entendido que:

"...el monto de la pensión de vejez (entendido como porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación)"[9]

"...el concepto de monto debe comprender tanto el ***porcentaje*** *aplicable como la* ***base reguladora*** *señalada en dicho régimen,... el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible..."*[10] *(negrilla fuera de texto)*

La misma Corte Constitucional, adujo en relación con el concepto de monto, ha identificado dos acepciones: "en cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho."[11]

*En igual sentido, el concepto de "base reguladora", ha sido entendida en la doctrina española y en el contexto de la seguridad social, como la "****media aritmética de las bases de cotización actualizadas de los últimos ... años cotizados****, eliminando las pagas extras y actualizando las bases de cotización más antiguas en función del IPC acumulado desde el año que se considera la base de cotización a la fecha de jubilación...conseguir una pensión de jubilación con un importe elevado requiere tener muchos años cotizados, al menos más de 30 y unas* ***bases de cotización lo más altas posibles*** *en los últimos quince años de la vida laboral*[11] *(negrilla del texto)*

Por su parte, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL-, indica que: "El concepto tasa de reemplazo hace referencia a la relación entre el nivel de la pensión y el nivel de ingresos con que se realizaron las aportaciones a lo largo del ciclo laboral del individuo.[12]

Colorario de lo anterior, es que los componentes de la pensión en su doble naturaleza, por un lado se relacionan entre sí, y por otro, con la noción de salario como unidad de medida para efectos pensionales.

Así por ejemplo, las normas invocadas en el acápite anterior, muestran que el legislador inicialmente fijó el monto de la pensión sobre el 75% del promedio del ***salario devengado*** *y posteriormente sobre 75%* ***el salario cotizado****, finalmente establece el principio que el monto de la pensión debe mantener una relación directa y proporcional al monto de cotización y a las semanas cotizadas.*
(...)
Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se

---

[8] *Consejo de Estado. Radicación 4683-2013 .Sentencia 19 de noviembre de 2015 C.P. Gerardo Arenas Monsalve*
[9] *Corte Constitucional. Sentencia T-1225-08*
[10] *Corte Constitucional SU230/15. Sentencia del 29 de abril de 2015. M.P. Jorge Ignacio Preteli Chaljub*
[11] *T-060 de 2016*
[12] *Consulta en ULR http://www.cepal.org/es/publicaciones/7020-determinantes-tasas-reemplazo-pensiones-capitalizacion-individual-escenarios*

refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

También, el artículo 36, inciso 3°, de la Ley 100 de 1993 fija una regulación específica del ingreso base de liquidación e indica la forma de establecerlo, lo hace en similares términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993, que es el propio para establecer el ingreso base de liquidación de pensión amparada integralmente por la ley 100 de 1993. Entonces, la referida regla no debe aplicarse al régimen de transición menos cuando el régimen anterior contiene todos los componentes de la pensión, entre ellos, indica cómo establecer el ingreso base de liquidación.

Escindirse el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a la situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

La Corte Constitucional, respecto del principio de prohibición de regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, ha señalado:

"El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional."[13]
(...)

De manera que, si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional, inicialmente coincidió en la noción de salario en sentido amplio, y en el concepto de monto e ingreso base de liquidación como una unidad inescindible, los que en el contexto del régimen de transición, debía aplicarse el régimen anterior en integridad, lo que guarda concordancia con la línea jurisprudencia del Consejo de Estado, empero, finalmente aquella Alta Corporación, concluyó que el ingreso base de liquidación, no hace parte del régimen de transición y que debe establecerse con reglas contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente que los factores para ese fin, solo pueden tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

[13] *Corte Constitucional sentencia C-288-11. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.*

En esas condiciones se evidencia que la Corte Constitucional mutó su tesis en relación con la interpretación del régimen de transición. También en ese contexto la noción de salario, pues la restringió al indicar que los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión, son únicamente sobre los que se hubiere cotizado.
(...)

(x).- Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta el principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios."[14]

Lo esbozado a lo largo de esta providencia, autorizan a la Sala para reiterar la tesis dominante en esta Corporación y sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario y de aplicar de tajo la tesis de las sentencias C-258-13, SU-230-15 y T-615-16 de la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición es, simple y llanamente, atentatorio de los principios de progresividad y favorabilidad y compromete los derechos laborales de rango fundamental.

Sumando a lo anterior, no se trata simplemente de discrepancias en la interpretación del régimen de transición, sino que en realidad de verdad lo que se evidencia es un problema estructural, que radica en la tendencia de adoptar como política pública una posición restrictiva de la noción de salario en aras de la estabilidad de las finanzas estales, lo que no es nuevo, sino que remonta a los años ochenta.

Ahora bien, la Sala recuerda que el Acto Legislativo 03 de 2011, que eleva a rango constitucional el principio de sostenibilidad fiscal, previó:

***"ARTÍCULO 1°.** El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:*

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado.

***PARÁGRAFO.** Al interpretar el presente artículo bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.*

En este orden de ideas, es evidente que los derechos fundamentales tienen primacía sobre las finanzas públicas y estas debe ser el mecanismo para alcanzar de manera progresiva los fines del Estado Social de Derechos entre estos la garantía de los derechos fundamentales..."[15] *(Subrayado fuera de texto original)*

---

[14] *Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), sentencia de 24 de noviembre de 2016. MP. Gabriel Valbuena Hernández.*
[15] *Radicado 25000 2342 2000 0130 1541 00 No. Interno 4683*

A más de lo anterior, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, proferida con ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera[16] *señaló* ***el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado****, so pena de incurrir en desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, por consecuencia, en vía de hecho. Se dijo allí:*

> *"...Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
>
> *Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional*[17]*, según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal).*
> *(...)*
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015, no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*
> *(...)*
> *En ese orden de ideas, se tiene que el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la sentencia de 25 de noviembre de 2015*[18]*, efectuó una debida interpretación de la norma aplicable al caso, toda vez que le dio el alcance, tanto al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con el régimen de transición para los empleados públicos, como a la Ley 33 de 1985; acogiendo de manera integral la jurisprudencia del Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo.*
>
> *En cuanto a la debida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cabe recordar que este fue determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995, que estudió la exequibilidad de ese artículo,*

---

[16] *Expediente: 11001031500020160009400*
[17] *Sentencia T- 760A de 2011. Magistrado ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez.*

[18] *Proferida en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el número 05-001-33-33-009-2013-00410-01, promovido por la señora MARÍA OTILIA MARTÍNEZ MONTOYA en contra de PENSIONES DE ANTIOQUIA.*

precedente que, de conformidad con la jurisprudencia[19] de esa Corporación, resulta de obligatorio acatamiento.
(...)
En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016[20], para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993...." *(Subrayada fuera de texta)*

Decisión que fuera confirmada el 2 de febrero de 2017 por la Sección Segunda, Subsección "A", con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández, con la siguiente conclusión:

"*...Atendiendo los anteriores planteamientos, la Sala concluye que el Tribunal Administrativo de Antioquia no incurrió en el defecto sustantivo alegado porque como se vio empleó las normas vigentes y aplicables al caso puesto en su conocimiento, esto es, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985, interpretadas a la luz de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por esta Sección del Consejo de Estado.*

En ese sentido, tampoco existe la violación del precedente deprecada por PENSIONES DE ANTIOQUIA toda vez que el Tribunal utilizó, para solucionar el debate jurídico, los parámetros dictados por esta Corporación en relación a la normativa aplicable al ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión de jubilación de la demandante, en consecuencia su proceder no transgredió el derecho constitucional al debido proceso razón por la cual la providencia impugnada será confirmada..."

Adicionalmente, ha de resaltarse que, en sentencia de tutela proferida también por la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio el ***23 de marzo de 2017****, expediente con Radicación No.: 11001-03-15-000-2016-03366-01 señaló:*

"*...En esa medida, en el presente caso se presenta el defecto alegado por la parte demandante, pues si bien el a quo para acceder al amparo deprecado tuvo en cuenta la presentación de la demanda ordinaria, lo cierto es que las autoridades judiciales acusadas no consideraron que la interpretación de las normas que rigen el régimen de transición, así como de las reglas contenidas en* ***las sentencias que constituyen precedente, no podía oponérsele a la***

[19] *Ver sentencias C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-640 de 1998.*
[20] *Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. Expediente radicado número: 25000234200020130154101. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.*

tutelante sin tener en cuenta el momento en que se consolidó su derecho pensional.

En igual sentido, se advierte que la administración en su momento debió reconocer el derecho a la actora ***con observancia en las normas aplicables al caso concreto y al criterio del máximo órgano jurisdiccional competente sobre la materia, sin que el cambio legislativo o la interpretación constitucional que se hiciera frente a una norma****, como lo fue el que efectuó la Corte Constitucional con la sentencia C-258 de 2013, variara la decisión que en derecho correspondía.*

De otra parte, la Sala no puede ignorar que es la misma Constitución Política en su artículo 48 la que establece que: i) el derecho pensional se adquiere al momento de cumplir los requisitos de edad, tiempo de servicio, semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley; ii) se deben respetar los derechos adquiridos; y, iii) por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Por lo que, se concluye que los jueces ordinarios si bien conocieron y respetaron las reglas que fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU–230 de 2015, lo cierto es que no tuvieron en cuenta que ***su aplicación dependía de la época en que se consolidó el derecho pensional del empleado, el cual, para el caso concreto se enmarcaba en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con la sentencia del 4 de agosto de 2010.***

De manera que, es preciso poner de presente que dichas autoridades judiciales ordinarias, de conformidad con los artículos 228, 230, 241 y 243 de la Constitución Política de Colombia, gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y, en sus providencias, solo están sometidas al imperio de la Ley. No obstante, ello debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos del pensionado, ***quien logró la materialización de manera legal su derecho pensional, por lo que mal podría aplicarse de forma retroactiva una tesis sobre la interpretación normativa del régimen de transición propuesta años después de la consolidación de su derecho prestacional****..." (Resaltado fuera de texto)*

Y, tampoco deja de mencionarse la sentencia proferida por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 12 de julio de 2017, en el proceso con radicación número 11001-03-15-000-2017-01454-00 con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, Sala de la que hizo parte el Honorable Consejero que hoy estudia el caso, analizando allí las tesis de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para concluir que, ante la diferencia de criterios, el juez puede adoptar la que considere apropiada, ***en virtud a la libertad de interpretación y autonomía del juez.*** *Al respecto, sostuvo:*

"...En efecto, la autonomía e independencia de los jueces reconocida a nivel constitucional (C.P. Artículos 228 y 230), son facultades que le otorga el Estado y cuya limitación se enmarca por la constitución y las leyes.
Desde esa perspectiva, los jueces de la República en su labor de administrar

justicia pueden a través de una carga argumentativa suficiente, clara y explícita aplicar e interpretar los mandatos abstractamente definidos por el legislador; de igual forma, apartarse de los dictados de los fallos de sus superiores o adoptar una de las tesis cuando sobre el mismo asunto versen diversas posiciones.

Es precisamente de esta prerrogativa de la cual se revisten los funcionarios judiciales para optar la interpretación que según su leal saber y entender considere más apropiada y frente a la cual le está vedado al juez constitucional cualquier consideración; máxime cuando el juez natural en un legítimo ejercicio de la autonomía e independencia judicial decidió razonablemente una de las posiciones que puede asumirse sobre el tema en discusión.

"En esa medida, no es cierto como el accionante lo afirma que el ad quem desconoció la posición de esta Corporación, sino que ***acogió su decisión con fundamento en la interpretación que consideró era la correcta respecto a los factores salariales y el IBL que debía aplicarse para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985.***

Por lo tanto, ***no puede afirmarse que la autoridad demandada hubiese incurrido en desconocimiento del precedente judicial*** *del Consejo de Estado o en un defecto sustantivo, toda vez que decidió acoger una de las posiciones desarrolladas al respecto por las Altas Cortes.*

Igualmente, la Subsección encuentra que la decisión cuestionada cuenta con la carga argumentativa suficiente, lo que obliga a descartar la vulneración de derechos fundamentales alegados.

Finalmente, debe aclararse que el criterio que venía aplicando esta Subsección, en sede de tutela, en casos similares al que hoy es objeto de estudio, era la posición sostenida por esta Corporación en los precedentes fijados en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 por el Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila y el 25 de febrero de 2016 por el Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

Sin embargo, asumirá como nueva tesis la desarrollada en la presente acción de amparo, ***en aras de garantizar el respeto al principio de autonomía e independencia judicial que asiste a las autoridades judiciales.*** *En conclusión: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A al proferir el fallo del 30 de noviembre de 2016 no incurrió en un defecto sustantivo ni en desconocimiento del precedente, toda vez que* ***ante las diferencias de criterios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado podía optar por una de ellas.*** *" –Negrilla fuera del texto original-*

En ese orden de ideas, se aplicará al caso el criterio unificado de la Sección Segunda en el sentido de admitir que el monto de la pensión es parte integral del sistema transicional de pensión y que los factores a tener en cuenta, para estos casos, son todos aquellos que constituyen salario.

Se adopta pues el criterio expuesto por el Consejo de Estado, no solo por preservar los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, sino porque, además, a

juicio de esta Corporación, garantiza los derechos adquiridos y respeta los principios de progresividad y favorabilidad de los derechos laborales; e igualmente los principios de confianza legítima y progresividad que protege el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y considera como un compromiso por parte del Estado, para garantizar la efectividad de los derechos laborales, criterio que ha expuesto el Consejo de Estado y que este Tribunal comparte plenamente.

Bajo el anterior esquema se examinará el caso concreto.

5.4. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

*Esta Corporación en sentencia de 19 de febrero de 2016, radicado 15238-3331-703-**2014-00096-**01, se ocupó de analizar lo relativo al periodo de los descuentos en aportes a pensión, cuando en virtud de la aplicación de la sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010, se incluyen en la reliquidación pensional, nuevos factores respecto de los cuales no se ha realizado el correspondiente descuento.*

*Examinó en tal providencia el **carácter parafiscal** de los aportes a la Seguridad Social[21] y señaló que conforme al Título XVII del E.T. artículo 187 **la acción para su cobro prescribe en el término de cinco (5) años**, criterio sostenido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencias de 26 de marzo de 2009[22] y 2 de diciembre de 2010[23].*

Así las cosas, si bien es cierto que la pensión surge como consecuencia del ahorro mediante los aportes efectuados durante toda la vida laboral, no lo es menos que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe, además, como se ha precisado, en ánimo a salvaguardar los

---

[21] C- 711 de 2001 "(...)Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económica; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal. (...)"

[22] Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Banco de Bogotá contra el Instituto de Seguros Sociales, en sentencia de 26 de marzo de 2009.

[23] Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, sentencia de 2 de diciembre de 2010.

derechos de personas de protección constitucional especial, como son los pensionados.

Como corolario de lo expuesto, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, lo ***es durante toda la bien laboral,*** *no es menos cierto que ésta –la obligación- se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales.*

En suma, en este caso, se ordenará realizar los descuentos sobre el retroactivo ***durante los últimos cinco (5) años laborados****, por prescripción extintiva de la obligación, criterio que ha adoptado ya en forma retirada este Tribunal*[24]*.*

Se precisa acá que, a juicio de esta Sala, ***en este aspecto la sentencia es constitutiva de la obligación*** *en tanto, antes que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ni el Estado, ni el empleado estaban obligados a aportes por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985 y, en cualquier caso, si de aquellos a los que estaba obligado en los términos de la mencionada ley, algunos dejaron de efectuarse, tal deber de cobro tenía que ejercerse en los términos de imprescriptibilidad que antes se explicaron.*

En consecuencia, sólo cuando el demandante – pensionado – pide la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador ***respecto de los factores distintos*** *a los que se señalaron en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.*

Por último, dirá la Sala que aplicar la prescripción a los aportes parafiscales, resulta equitativo si se tiene en cuenta que, a las mesadas pensionales también, de ser procedente, se aplica la prescripción propia de los derechos laborales.

---

[24] *Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2, sentencias de 11 de marzo de 2016 con radicación No. 2013-00080-02; 2015-00040-02; 2014-00513-00, con ponencia del doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana. Así mismo, sentencias proferidas por la Sala de Decisión No. 3 con ponencia de la suscrita magistrada de fecha 8 de marzo de 2016 y radicación número 2013-00212-02, 2013-00027-01, 2013-00200-02 y 2013-00379-02.*

VI. Del Caso Concreto.

- ***De lo probado.***

El señor Jaime Armando Castellanos Amador, a través de apoderado, solicitó la nulidad de;

* ***Resolución No. RDP 036936 de 5 de diciembre de 2014****, por la cual se negó la reliquidación de la pensión (f. 21-22)*

* ***Resolución No. RDP 006189 de 16 de febrero de 2015*** *que, al resolver un recurso de apelación, decidió confirmar en su totalidad la resolución anterior (f. 24-25 vto.)*

El demandante nació el ***18 de junio de 1948*** *(f. 37); adquirió el status de pensionado el* ***18 de junio de 2003****; prestó sus servicios en la Registraduría Nacional del Estado Civil desde el* ***1 de octubre de 1975*** *hasta el* ***31 de diciembre de 2001*** *(f. 27), en el cargo de Registrador Municipal 4035-15 de Paipa (f. 28).*

- ***De los Antecedentes Administrativos:***

Mediante ***Resolución No. 9255 de 3 de mayo de 2004****, Cajanal reconoció a favor del demandante una pensión de jubilación tomando el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario de los últimos 7 años y 9 meses, en cuantía de* ***$882.064,95****, efectiva a partir del* ***18 de junio de 2003.***

El 14 de agosto de 2014 (f. 30), solicitó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales; sin embargo, la petición fue negada a través de los actos acusados.

- ***De los factores salariales:***

Según el certificado de devengados obrante a folio 25, en el último año de servicio, esto es, desde el ***1 de enero a 31 de diciembre de 2001****, el señor Jaime Armando Castellanos Amador devengó los factores:* ***asignación básica, incremento por antigüedad, auxilio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad;*** *en efecto, su inclusión fue ordenada por el a quo.*

➢ ***De la indexación de la primera mesada pensional:***

La indexación o actualización, es una medida técnica que busca la conservación del poder adquisitivo del dinero ante el fenómeno de la devaluación. Así lo ha entendido la Corte Constitucional en sentencia T-102 de 1995[25], al expresar que "en materia laboral se entiende por indexación el ajuste salarial y pensional motivado en la desvalorización de la moneda."

Esa misma Corporación en sentencia C-448 de 1996[26], precisó que la justificación de la indexación en materia laboral obedece a que las prestaciones dinerarias debidas a los trabajadores son deudas de valor, que el dinero nominalmente representa de manera precaria, por lo que el empleador está llamado a reajustar tal pérdida de valor, ante el incremento de precios (inflación). Precisó la Corte:

> *"La Constitución no es indiferente a los fenómenos inflacionarios, en particular en materia laboral, pues la Carta, al consagrar la autonomía del Banco de la República, prácticamente ha reconocido una suerte de derecho constitucional a la moneda sana y, en especial, a la protección del poder adquisitivo de la remuneración laboral (CP arts. 48, 53 y 373)[27]. (...) una sociedad que tiene una economía inflacionaria como lo reconoce la misma Constitución en los artículos 373 y 53, el salario no puede ser una deuda de dinero. En realidad se trata de una deuda de valor. Es decir, la explicación del salario no se encuentra tanto en el principio nominalista como en el principio valorativo. Esto porque las personas trabajan fundamentalmente para tener unos ingresos que les permita vivir en condiciones humanas y dignas. Por ello el salario se debe traducir en un valor adquisitivo. Y si éste disminuye, hay lugar a soluciones jurídicas para readquirir el equilibrio perdido.(...)... si la constante es el aumento del índice de precios al consumidor, donde existe anualmente inflación de dos dígitos, se altera la ecuación económica si se admite un salario nominalmente invariable. Es por ello que el salario tiene que mantener su VALOR INTRÍNSECO, esto es, su poder adquisitivo[28]. – Subraya fuera de texto-*

Recordó la Corte que es un derecho constitucional de los pensionados mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional y concluyó respecto a la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional:

> *"...En suma, al decidir sobre la procedencia de indexar la primera mesada pensional, los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones como lo indican los artículos 53 y 230 de la Carta Política. Y tampoco pueden apartarse del querer legislador, para quien ha sido una*

---

[25] *Sentencia de 13 de marzo de 1995, Magistrado Ponente: Doctor ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.*
[26] *Magistrado Ponente: Doctor ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.*
[27] *Ver, entre otras, las sentencias T-260/94, C-387/94, T-063/95, T-102/95, C-367/95 y T-418/96*
[28] *Sentencia T-102/95 MP Alejandro Martínez Caballero.*

preocupación constante regular el monto y la oportunidad de los reajustes pensionales..."[29]

Así pues, la indexación o el ajuste a valor de las obligaciones pecuniarias, que sufren la devaluación monetaria asociada al tiempo, es una medida de justicia y equidad que conserva el valor intrínseco de la prestación.

El ajuste de valor, como lo ha reiterado el Consejo de Estado[30]*, obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso por lo que disponerla indexación es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta. .*

En el caso analizado, se observa que el demandante se retiró del servicio el ***31 de diciembre de 2001*** *y adquirió el status el* ***18 de junio de 2003****. En consecuencia, debe indexarse la primera mesada pensional.*

- ***Modificación de la sentencia***

A efecto de lograr que la sentencia sea un título ejecutivo es decir que contenga una obligación ***clara, expresa*** *y exigible, se modificará la sentencia para determinar las diferencias que se causaron en cada mesada pensional y se ordenará su reliquidación* ***desde el momento de causación del derecho****.*

Así entonces, la liquidación es la siguiente:

Mes (2001)	*Asignación básica*	*Incremento por antigüedad*	*Bonificación por servicios*	*Auxilio de alimentación*	*Prima de vacaciones*	*Prima de servicios*	*Prima de navidad*
Enero	*997.648*	*24.800*		*38.850*			
Febrero	*997.648*	*24.800*		*38.850*			
Marzo	*997.648*	*24.800*		*38.850*			
Abril	*997.648*	*24.800*	*366.813*	*38.850*			
Mayo	*997.648*	*24.800*		*38.850*			
Junio	*997.648*	*24.800*		*38.850*	*569.272*		
Julio	*997.648*	*24.800*		*38.850*		*545.910*	
Agosto	*997.648*	*24.800*		*38.850*			
Septiembre	*997.648*	*24.800*		*38.850*			
Octubre	*997.648*	*24.800*		*38.850*			

[29] *Sentencia SU-120 de 2003.*
[30] *Al respecto se puede consultar la sentencia proferida el* ***13 de junio de 2002****, con ponencia de la Consejera Doctora ANA MARGARITA OLAYA FORERO, expediente: 25000-23-25-000-1998-5737-01(4694-01) Actor: Mario Ramírez Caicedo.*

Noviembre	*997.648*	*24.800*		*38.850*			
Diciembre	*997.648*	*24.800*		*38.850*			*1.185.984*
TOTAL INGRESO	***11.971.776***	***297.600***	***366.813***	***466.200***	***569.272***	***545.910***	***1.185.984***
PROMEDIO ANUAL	***997.648***	***24.800***	***30.568***	***38.850***	***47.439***	***45.493***	***98.832***
IBL	***1.283.639***						
IBL *75%	***962.722***						

*Dado que el demandante se retiró el **31 de diciembre de 2001** y adquirió el status hasta el **18 de junio de 2003**, debe indexarse la primera mesada así:*

VALOR MESADA A 2001	***DESDE***	***HASTA***	***INDICE INICIAL***	***INDICE FINAL***	*VALOR INDEXADO*	*VALOR INDEXACIÓN*
$ 962.722	*30/12/2001*	*18/06/2003*	*66,73%*	*74,97%*	***$ 1.081.602***	*$ 118.880*

Entonces,

VALOR RECONOCIDO (R. 9255/04)	*$ 882.065*
VALOR RELIQUIDADO	*$ 1.081.602*
DIFERENCIA	***$ 199.537***

*La pensión mensual reconocida por la entidad demandada fue de $882.065; no obstante, con la indexación de la mesada pensional a 2003, el valor mensual de la pensión es de $1.081.602, es decir, dejaron de pagarse **$199.537** mensuales, valor que debe ser reajustado anualmente conforme al IPC[31], lo cual reporta las siguientes diferencias mensuales faltantes en la pensión reconocida:*

AÑO	***IPC***	***DIFERENCIA MENSUAL***	***PENSIÓN MENSUAL***
2003		*199.537*	*1.081.602*
2004	*6,49%*	*212.487*	*1.151.798*
2005	*5,50%*	*224.173*	*1.215.147*
2006	*4,85%*	*235.046*	*1.274.081*
2007	*4,48%*	*245.576*	*1.331.160*
2008	*5,69%*	*259.549*	*1.406.903*
2009	*7,67%*	*279.457*	*1.514.812*

[31] *ARTICULO. 14.- Reajuste de pensiones. Reglamentado por el Decreto Nacional 36 de 2015. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.*

2010	*2,00%*	*285.046*	*1.545.109*
2011	*3,17%*	*294.082*	*1.594.089*
2012	*3,73%*	*305.051*	*1.653.548*
2013	*2,44%*	*312.494*	*1.693.895*
2014	*1,94%*	*318.557*	*1.726.756*
2015	*3,66%*	*330.216*	*1.789.956*
2016	*6,77%*	*352.571*	*1.911.136*
2017	*5,75%*	*372.844*	*2.021.026*

Diferencias que serán pagadas a partir del ***14 de agosto de 2011****, en razón a la prescripción declarada por la jueza a quo.*

En consecuencia, se modificará el numeral ***cuarto*** *de la sentencia de primera instancia.*

- ***De la Sentencia SU-427 de 2016:***

La Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de ***11 de agosto de 2016*** *en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:*

> *"...6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[32] de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.*
>
> *6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y* ***que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[33]****.*

---

[32] En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."
[33] Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

> *6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen* ***ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario***[34]*, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición,* ***obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral****, y por el contrario,* ***representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva*** *(...)."*
>
> *6.14.* ***En dichos eventos****, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013,* ***los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral****, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen* ***vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos*** *(...)."*[35]
>
> *6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior,* ***evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión****..." (Resaltado fuera de texto)*

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado, enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un **abuso del derecho** que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa *"...Es pertinente resaltar que para*

---

[34] *Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.*

[35] *Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), "si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral."

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, la siguiente fue la historia laboral del demandante en los últimos 10 años de servicios, período que se justifica atender en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional podría llegar a denotar abuso del derecho:

Periodo	***Cargo***	***Entidad***
Desde el 1 de octubre de 1975 hasta el 31 de diciembre de 2001	*Registrador Municipal 4035-15 de Paipa*	*Registraduría Nacional del Estado Civil*

Adicionalmente, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia, fueron los que durante el último año de su historia laboral se devengaron, sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos.

En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

- ***De los descuentos por aportes al empleado.***

*Los **aportes para pensión** se harán sobre los factores que se incluyen en virtud de esta sentencia, atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral, por prescripción extintiva.*

*La demandante, está obligado al pago del aporte a su cargo, atendiendo para ello el porcentaje establecido en **la ley vigente para cuando se efectuó el pago.** En el caso de la demandante, en cualquier caso, el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.*

*Ahora, los últimos 5 años de trabajo ocurrieron entre el **1 de enero de 1997 y el 30 de diciembre de 2001,** periodo para el cual, en materia de aportes para pensión se **aplicaba el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, reglamentada por el***

Decreto 510 de 2003. *Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.*

- ***De las costas.***

La entidad demandada, solicitó que en el trámite de segunda instancia no sea condenada en costas, dado que no se ha presentado conducta dilatoria o abusiva.

Las argumentaciones generales presentadas en la impugnación, permiten inferir que el criterio que dice la recurrente, impera en la jurisprudencia sobre elemento subjetivo en materia de imposición de costas, al respecto se dirá lo siguiente.

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

> *"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
> ***a)*** *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.*
> ***b)*** *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
> ***c)*** *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expedlente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del procesa. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
> ***d)*** *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
> ***e)*** *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[36], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".

En ese orden de ideas, al expedirse la Ley 1437 de 2011, se dejó de lado el régimen subjetivo que planteaba el hoy derogado Decreto 01 de 1984, que determinaba la condena en costas a la parte vencida en el proceso, pero con el ingrediente de tener en cuenta su conducta procesal, ya fuera ésta dilatoria, abusiva o temeraria. Precisamente, mediante el artículo 188 del CPACA se acogió el régimen objetivo de la condena en costas establecido para el Procedimiento Civil (actualmente regulado por el Código General del Proceso, artículo 365), quedando pues, sujeta su imposición al hecho de ser vencido en juicio.

Ahora, en nada influye que la gestión judicial no se haya extendido en tiempo, para que el juez de conocimiento adopte la decisión de condenar en costas, pues, se reitera, para su imposición debe prevalecer el criterio objetivo, de modo que al proferir sentencia y hallarse vencida una de las partes, aquél procederá conforme a derecho y condenará a dicha parte.

Entonces, a juicio de esta Sala, el factor subjetivo no es el que debe analizarse sino que, por el contrario, al juez corresponde ***disponer*** *sobre la imposición de costas, siempre que éllas se hayan demostrado.*

Ahora bien, dado que en los términos del numeral 3º del artículo 365 del CGP, habrá condena en costas en segunda instancia cuando el superior confirme ***totalmente*** *la del inferior, y como quiera que en este caso la sentencia será modificada, no se condenará en costas.*

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

[36] *"ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*

FALLA:

1. ***Confirmar*** *la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama el* ***11 de julio de 2017****, en el proceso iniciado por* ***Jaime Armando Castellanos Amador*** *contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, excepto el numeral* ***cuarto*** *que se revoca. En su lugar se dispone:*

> ***"Cuarto****: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- pagará las* ***diferencias*** *de los factores dejados de reconocer en la pensión de jubilación pagada a Jaime Armando Castellanos Amador, identificado con cédula de ciudadanía 19.071.153 de Bogotá,* ***a partir del 14 de agosto de 2011****, en* ***cuantía mensual*** *de:*
>
> | *AÑO* | *DIFERENCIA MENSUAL* |
> |---|---|
> | *2011* | *294.082* |
> | *2012* | *305.051* |
> | *2013* | *312.494* |
> | *2014* | *318.557* |
> | *2015* | *330.216* |
> | *2016* | *352.571* |
> | *2017* | *372.844* |
>
> *Las sumas resultantes de la condena serán* ***indexadas mes a mes conforme al IPC*** *tal como lo ordena el inciso último del artículo 187 del CPACA.*
>
> ***Parágrafo:*** *La pensión a reconocer a partir de la ejecutoria de esta sentencia será de* ***DOS MILLONES VEINTIÚN MIL VEINTISÉIS PESOS ($2.021.026)****. En adelante, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, aplicará a la mesada pensional los reajustes anuales, conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 o las normas que la modifiquen."*

2. ***Sin costas*** *en esta instancia.*

3. *En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.*

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Jaime Armando Castellanos Amador
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP
Expediente: 15238-33-39-751-2015-00280-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

DEMANDANTE:	LUIS FERNANDO SIPAGAUTA SIABATO
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
REFERENCIA:	152383339751-**2015-00317**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN MENSUAL DE RETIRO
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad accionada (fls. 223-225), contra la sentencia de primera instancia proferida en audiencia el 03 de mayo de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

El señor LUIS FERNANDO SIPAGAUTA SIABATO, a través de apoderada judicial, instauró medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, con el objeto de que se hagan las siguientes:

1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 3-5)

Que se declare la nulidad del Acto Administrativo No 2014-78091 de fecha 08 de octubre de 2014, mediante el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, negó la liquidación de la asignación de retiro del actor, conforme al salario mínimo con incremento del sesenta por ciento (60%) del mismo.

Que se declare la nulidad del Acto Administrativo No 2014-63854 del 26 de agosto de 2014, a través del cual la accionada negó la liquidación de la partida prima de antigüedad con el setenta por ciento (70%) de la asignación básica más el 38.5%.

Que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que **i)** se condene a la entidad demandada a liquidar la asignación de retiro, conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo incrementado en un 60%; **ii)** se condene a liquidar la asignación de retiro, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004,esto es, el 70% de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad; **iii)** se condene al reajuste de la asignación de retiro año por año a partir de la fecha de su reconocimiento; **iv)** se condene al pago efectivo e indexado de la diferencia entre los ajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas, desde el año de reconocimiento hasta la fecha en que sea reconocido el derecho; y **v)** se condene al pago de los intereses moratorios, de conformidad con los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.; **vi)** se condene a la entidad accionada al pago de costas procesales y agencias en derecho.

1.1.2. Fundamentos Fácticos (fls. 3-4)

El apoderado del demandante, indicó que el señor LUIS FERNANDO SIPAGAUTA SIABATO prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional, y una vez terminado el periodo reglamentario, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario y a partir del 01 de noviembre de 2003 fue promovido a soldado profesional, condición que mantuvo hasta la fecha de retiro.

Señaló que en atención al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante **Resolución No 2323 de fecha 14 de marzo de 2014**, reconoció asignación de retiro al actor, conforme al salario mínimo con incremento del 40% del mismo.

Refirió que el 09 de mayo de 2014, el actor solicitó a CREMIL la reliquidación de la asignación de retiro, en el sentido de que fuera determinada la cuantía, tomando como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo, de conformidad con lo preceptuado en el decreto 1794 de 2000, petición que fue resuelta a través del acto administrativo No 2014-78091 de fecha 08 de octubre de 2014, en el cual se dispuso negar la solicitud elevada.

Finalmente, adujo que desde el reconocimiento de la asignación de retiro, la accionada viene liquidando la mesada, aplicándole el 70% a la sumatoria de la asignación básica más el 38,5% de la prima de antigüedad, aplicación que conlleva a que se presente una doble

aplicación a la partida de prima de antigüedad, por cuanto al momento de retiro, el actor tenia reconocido como prima de antigüedad un porcentaje equivalente al 58,5% de la asignación básica, prestación que de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 debe ser tenida en cuenta para establecer la asignación de retiro de los soldados profesionales, reduciéndose a 38,5%. Así las cosas, cuando CREMIL en la liquidación de la asignación de retiro aplica el 70% a la prima de antigüedad, la misma se reduce una vez más al 26%.

En consecuencia, el 05 de mayo de 2014 (radicado No 20140045481) el accionante solicitó a CREMIL que en la liquidación de su asignación de retiro, se aplicara lo preceptuado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, que al 70% de la asignación básica, previamente obtenida, se le adicionara el 38.5% de la prima de antigüedad, petición que fue atendida de manera negativa a través del acto administrativo No 2014-63854 de fecha 25 de agosto de 2014.

1.1.3. Normas Violadas y concepto de violación (fls. 4-9)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Preámbulo y artículos 1, 2, 4,13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Carta Política.

Legales: Ley 131 de 1985,4 de 1992, 923 de 2004 y Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Indicó que mediante el dDecreto 1793 de 2000, el Gobierno Nacional creó dentro de la estructura de la fuerza pública la modalidad de soldados profesionales y el Decreto 1794 de 2000, reguló el Régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales, estableciendo el artículo primero una asignación básica equivalente a un salario mínimo incrementado en un 40% del mismo para quienes ingresaran a partir del 01 de enero de 2001, sin embargo en el inciso segundo del mencionado artículo se estableció un Régimen de transición para aquellos soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2001 ostentaban la condición de soldados voluntarios, quienes devengarían un salario mínimo incrementado en un 60%.

Señaló que la Ley 923 de 2004 creó el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro a los soldados profesionales que presten 20 años de servicio, prestación cuyo modo de liquidación se encuentra expresamente consignado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y

que no es más que el equivalente a un 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de prima de antigüedad.

De forma reiterada, sostuvo que en la liquidación de la asignación de retiro efectuada por la entidad accionada, existe una indebida aplicación del articulado de los Decretos 1794 de 200 y 4433 de 2004, toda vez que al disminuirse en un 20% la asignación básica a los soldados profesionales que ostentaron la calidad de soldados voluntarios, y al afectarse doblemente la partida de prima de antigüedad, la accionada indiscutiblemente conculca prerrogativas fundamentales como el derecho a la Seguridad Social, el mínimo vital, la dignidad humana y el trabajo.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 67-72)

La apoderada judicial de la entidad demandada CREMIL, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que los actos administrativos demandados fueron expedidos con estricta sujeción a los parámetros de los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004, aplicables a los soldados profesionales.

Precisó que el reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual hace expresa remisión al inciso 1 del artículo 1 del decreto 1794 de 2000.Así las cosas, arguyó que la solicitud elevada por el actor a todas luces carecía de sustento jurídico, toda vez que el mencionado inciso es claro en establecer el incremento del 40%, para efectos de liquidación de la asignación de retiro, razón por la cual el reconocimiento de la prestación con base en un porcentaje diferente contraría el cuerpo normativo enunciado.

Como soporte de lo anterior, hizo mención a la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 20 de noviembre de 2015, en la cual dicha Corporación sostuvo que en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 se evidencia una prohibición legal de no incluir en la liquidación de las asignaciones de retiro, pensiones y sustituciones pensiónales, emolumentos diferentes a los señalados taxativamente en dicho cuerpo normativo.

Por otro lado, respecto al reajuste del salario más el 70%, precisó que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

Sobre el particular, indicó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en diversos pronunciamientos ha referido que los aportes sobre la prima de antigüedad para quienes están a tiempo de obtener la asignación de retiro y durante los últimos 11 años, se hará sobre el 38.5% y este porcentaje será parte de la base de liquidación, más no corresponderá en su totalidad para liquidar el monto de la prestación. Así las cosas, la cuantía de la misma corresponde al 70% de la base de liquidación, que es la suma de los factores salariales a tener en cuenta en la asignación de retiro, lo que se traduce en que sumados los dos factores base de liquidación: salario incrementado en el 40% más el 38.5% de la prima de antigüedad, se liquidará el 70%.

Destacó además, la inexistencia de vulneración alguna del derecho a la igualdad, por cuanto el órgano de cierre constitucional en sentencia C-057 de 2010 respecto a la aplicación del principio de igualdad frente a las tres categorías genéricas de la jerarquía militar, señaló que los oficiales, suboficiales y soldados profesionales, constituyen grupos diferenciados en el ámbito jurídico, por cuanto se encuentran inmersos en situaciones fácticas y jurídicas disímiles, razón por la cual no son predicables condiciones de igualdad material.

En lo que respecta a las costas procesales y agencias en derecho, sostuvo que en el *sub lite* no era procedente la condena de las mismas, por cuanto la entidad no realizo actos dilatorios, ni temerarios encaminados a perturbar el procedimiento, pues por el contrario desplegó actuaciones propias de la defensa judicial.

Por lo expresado, afirmó que en el *sub examine* no se configura causal alguna de nulidad, ni falsa motivación, por cuanto los actos administrativos expedidos por CREMIL están cobijados bajo los parámetros de la legalidad, pues se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de la fuerza pública.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante sentencia proferida el 03 de mayo de 2017, resolvió (fls. 217-221):

> *"**PRIMERO**. Declarar la nulidad de los oficios **2014-63854 del 26 de agosto y 2014-78091 del 08 de octubre, ambos del año 2014**, a través de los cuales la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL-** le negó al actor la reliquidación de su asignación de retiro solicitada, según se indicó.*

SEGUNDO. *Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la* ***Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-*** *a:*

A) ***RELIQUIDAR*** *la asignación de retiro del soldado profesional* ***LUIS FERNANDO SIPAGAUTA SIABATO****, desde* ***el 15 de abril de 2014****,fecha en que se adquirió el derecho a devengar la referida prestación económica, reliquidación que se hará con base en los siguientes parámetros:* ***(i)*** *tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo conforme a lo establecido en el inciso 2 artículo 1 del decreto 1794 del año 2000;y* ***ii)*** *dándole correcta aplicación al artículo 16 del decreto 4433 de 2004,que indica que al 70% de la asignación básica, previamente obtenido, debe adicionársele el 38.5% de la prima de antigüedad.*

B) *Así mismo, condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-, a pagar al soldado profesional LUIS FERNANDO SIPAGAUTA SIABATO, la diferencia que resulte entre las sumas que percibió por concepto de asignación de retiro y las que legalmente le correspondían en virtud de lo dispuesto en el literal anterior, a partir de la fecha que adquirió el derecho a devengar dicha prestación económica, esto es, desde* ***el 15 de abril de 2014****.*

Las sumas resultantes deberán actualizarse de acuerdo con la fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

TERCERO. *La presente sentencia deberá ser cumplida en los términos de los artículos 192,194 y 195 del C.P.A.C.A.*

CUARTO. *CONDENAR en costas a la entidad demandada. Se fija como agencias en derecho el 3% del valor de las pretensiones reconocidas en este fallo. Por secretaría realícese la liquidación de las costas.*

Para adoptar tal determinación, la jueza de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, concluyendo que al demandante le asistía el derecho a la reliquidación de su asignación de retiro, tomando como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo, conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, adicionándole al resultado del 70% de la asignación básica el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad.

Al respecto, sostuvo que de conformidad con decantada jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, si bien es cierto, el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo, dicha disposición no es aplicable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales que se encontraban vinculados como voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000,toda vez que se encuentran cobijados bajo un régimen de transición que respeta los derechos salariales que tenían antes de la expedición de la normatividad en comento.

Así las cosas, afirmó que el hecho de que la liquidación de la asignación de retiro del actor, partiera de un porcentaje del salario mensual, al cual se le adicionaba el 38.5% de la prima de antigüedad y que dichos valores pudieran agruparse para sacar el valor total de la mesada, implicaría una doble reducción a la prima de antigüedad, que sería en primer lugar la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma y, en segundo lugar, la del porcentaje del 70% que la norma le asigna al salario básico mensual, lo que implicaría a todas luces un perjuicio a las prerrogativas fundamentales al mínimo vital y a la igualdad.

Finalmente, advirtió que en el *sub lite* no ha operado el fenómeno prescriptivo, por cuanto la última petición de reajuste de la asignación de retiro fue presentada el 09 de mayo de 2014, y el actor adquirió el derecho a devengar la prestación económica a partir del 15 de abril de 2014, conforme a la resolución No 2323 de fecha 14 de marzo de 2014.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

1.4.1. Parte demandada - CREMIL (fls. 223-225)

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte accionada, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente:

Indicó que de conformidad con múltiples conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública y decanta jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al actor le debe ser reconocida la asignación de retiro equivalente al 70% de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, es decir, que sumados los dos factores base de liquidación, esto es, salario incrementado en el 40%, más el 38.5% de la prima de antigüedad, se liquidará el 70%.

Aunado a lo anterior, solicitó se revoque la condena en costas de la primera instancia y no se imponga condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en Audiencia de Conciliación Posterior al Fallo, llevada a cabo el 09 de junio de 2016, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fls. 229 y CD fl. 241), y admitido por esta Corporación mediante proveído de 29° de junio de 2017 (fl. 244). A través de auto de 13 de julio de 2017, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 248).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandante (fls. 250-272)

El apoderado del accionante reiteró los argumentos del escrito de demanda, en el sentido de que si bien es cierto el legislador consignó en el inciso primero del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 la asignación básica para los soldados profesionales en general, en el inciso segundo de dicho precepto hace una salvedad, para los soldados profesionales que ingresaron al servicio de la fuerza pública antes del 31 de diciembre de 2000, en calidad de soldados voluntarios.

Así las cosas, solicitó que se tenga en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el sentido de que por mandato expreso quienes a 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios y se vincularon posteriormente como soldados profesionales, de acuerdo con lo preceptuado en la ley 131 de 1985 devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

2.1.2. Parte demandada - CREMIL

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, guardó silencio.

3. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. CONTROL DE LEGALIDAD

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia de primera instancia proferida el 03 de mayo de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

En los términos del recurso de apelación presentado por la parte demandada, corresponde a esta Sala establecer si:

i) *¿Corresponde a CREMIL, la reliquidación y pago de la asignación de retiro en el 60% de conformidad con el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000?*

ii) *¿CREMIL liquidó correctamente la **asignación de retiro** del actor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de Decreto 4433 de 2004, o por el contrario tal como lo manifestó el juez de instancia se realizó una interpretación errónea de dicho precepto?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa que permitirá dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

- **Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que no es correcta la interpretación que del artículo 16 del Decreto 4433 del 2004 hace la entidad accionada, pues el mismo es claro en establecer que solamente al salario básico mensual se le aplica un porcentaje del 70%, valor al que debe adicionarse el 38.5% de la prima de antigüedad. Así mismo, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad, implicaría que al valor reconocido de la prima de antigüedad se le debe efectuar una doble reducción, lo cual iría en menoscabo de los derechos del actor.

En igual sentido, tal como lo estableció el juez de instancia, se confirma la decisión mediante la cual y a título de restablecimiento del derecho se dispuso el reajuste de la asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, norma a la cual remite el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, que determina la asignación de retiro en un (1) SMML+60%, pues la establecida en el inciso primero, correspondía a quienes llegaban por primera vez a ser soldados y equivalía a 1 SMMLV +40%.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

A efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, es imperioso traer al plenario la base legal y jurisprudencial que regula el tema propuesto en la alzada.

3.1. Naturaleza Jurídica de la Asignación de Retiro

De conformidad con lo expresado en sentencia del 2 de marzo de la presente anualidad, proferida por la sección segunda de la Sala de lo Contenciosos Administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso con radicación 08001-23-33-000-2013-00622-01, dictada con ponencia del consejero Gabriel Valbuena Hernández, la asignación de retiro constituye aquella modalidad de prestación social que reciben los miembros de la fuerza pública, que si bien es cierto, se asimila a la pensión de vejez, goza de un cierto grado de especialidad, por cuanto sus beneficiarios se encuentran en circunstancias particulares propias del servicio, a saber: Jornadas especiales de trabajo, dedicación exclusiva, lugares de prestación del servicio, peligro continuo de su ejercicio y los lugares donde se lleva a cabo la prestación del servicio.

Bajo este entendido, dicha prestación fue considerada por el legislador como el término predicable de la pensión de vejez a que tienen derecho los miembros de la fuerza pública, razón por la cual por expresa previsión constitucional, fue consagrada en un régimen especial; el cual se encuentra reglamentado por las Leyes 131 de 1985 y 923 de 2004, y Decretos reglamentarios 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004, entre otros.

3.2. Régimen de Transición previsto en el Decreto reglamentario 1794 de 2000

Con ocasión de la expedición de la ley 131 de 1985 el legislador reglamentó el servicio militar voluntario, previendo que el mismo podía ser prestado por aquellos que habiendo prestado el servicio militar

obligatorio hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados[1].

A su vez, el artículo 4 de la ley en comento precisó que aquél que prestara el servicio militar voluntario devengaría una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo, el cual a su vez no podría sobrepasar los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto.

Por su parte, el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias concedidas en virtud de la Ley 578 del año 2000 expidió los Decretos **1793 y 1794 de 2000**, por medio de los cuales se establecieron los regímenes de carrera, y salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, respectivamente.

Así las cosas, el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 señaló en su artículo 1 la asignación de retiro para los soldados profesionales, así:

> ***ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL.*** *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*

Vale la pena precisar que en el inciso 2 del mencionado artículo, para efectos de la asignación de retiro de soldados profesionales, 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, cuya bonificación mensual correspondía al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, diferenciándola así de la asignación de retiro de los soldados profesionales, como se señala:

> *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 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 sesenta por ciento (60%)**."*

Sobre el particular, es importante señalar que el Consejo de Estado en decantada jurisprudencia desarrollada a través de acciones de tutela, ha venido precisando que de la interpretación adecuada del artículo 1 del Decreto reglamentario 1794 de 2000, se desprende que aquellos soldados voluntarios que se encontraban vinculados a la institución militar con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, y que pasaron a formar

[1] *Artículo 2.*

parte de las filas de soldados profesionales, tienen derecho a una asignación del salario mínimo legal adicionado a una compensación del 60%,porcentaje que debe ser tenido en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro.

3.3. La Prima de Antigüedad como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Por su parte, el artículo 2 de ésta misma codificación consagró la prima de antigüedad, en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD.*** *Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%). (...)"*

Es del caso precisar, que posteriormente el legislador expidió la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalan los objetivos, criterios y directrices que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, normativa que consagra el principio de respeto de los derechos adquiridos, en su artículo 2, en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 2. OBJETIVOS Y CRITERIOS.*** *Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública* el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:
>
> **2.1.** El respeto a los derechos adquiridos. *Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma."*

Así mismo, el numeral 3.3 del artículo 3 de la citada ley, previó que "*las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública*".

En razón a la normativa reseñada, el Presidente de la República expidió el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, a través del Decreto reglamentario 4433 de 2004, cuyo capítulo primero reguló lo relacionado con la asignación de retiro,

indicando en el artículo 13 las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

> ***"ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES.*** *La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*
>
> *13.1 Oficiales y Suboficiales:*
>
> *13.2 Soldados Profesionales:*
>
> ***13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.***
>
> ***13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*** *(...)"*

De igual manera, en su artículo 16 se definió el monto de la asignación salarial mensual que devengarían tanto los soldados profesionales, como el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, precisando una clara diferencia entre los mismos, como a continuación se cita:

> ***"ARTÍCULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales.*** *Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1,* ***adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad****. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De la norma anterior, se colige que para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales debe ser tenida en cuenta, tanto la asignación básica como la prima de antigüedad, determinándose como modo de liquidación para extraer el valor de la mesada que debe pagarse, el 70% del salario mensual, adicionado por el 38.5% de la prima de antigüedad.

Al respecto, vale la pena señalar que la Sección Primera del Consejo de Estado, al resolver una acción de tutela interpuesta contra una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la cual había negado una demanda similar a la que ahora se resuelve, en sentencia del 11 de diciembre de 2014 expuso:

> *"(...) Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un*

*porcentaje del salario mensual que debe ser **adicionado** con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación ',' que precede al verbo **'adicionado'**.*

*En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo **'contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica'**, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, **implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé** y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital (...)"*[2] (Negrilla fuera del texto original).

3.4. Obligatoriedad del precedente de unificación

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y en desarrollo del artículo 103 superior, se consolidó la importancia tanto de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado como de las decisiones tomadas por la Corte Constitucional respecto a la interpretación de las normas constitucionales.

Así pues, el artículo 10° del C.P.A.C.A. impone a las autoridades administrativas el deber de aplicación de manera igualitaria de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a los asuntos que contengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es decir, que cuando una autoridad administrativa se encuentre ante casos con los mismos supuestos fácticos y jurídicos, deberán adoptar decisiones uniformes.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011, al analizar la exequibilidad del artículo 10° de la Ley 1437 de 2011, dispuso la constitucionalidad condicionada del mismo, en el entendido que, así como se debían tener en cuenta las decisiones tomadas por el órgano de cierre constitucional en las cuales se interpretaran las normas constitucionales aplicables al caso en concreto, correspondía tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado, de manera preferente.

En consecuencia, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, la solicitud de extensión de la jurisprudencia -ya sea adelantada ante la autoridad administrativa competente o ante el Consejo de Estado por negativa de la autoridad- y el recurso

[2] *Consejo de Estado decisión del 11 Diciembre 2014- radicado 2014-02292-01.*

extraordinario de unificación de jurisprudencia, constituyen figuras jurídicas cuyo objetivo fundamental es la materialización efectiva de la aplicación del precedente jurisprudencial administrativo.

3.5. Jurisprudencia de Unificación en materia de Asignación salarial de Soldados Profesionales

Atendiendo lo preceptuado por el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, el órgano de cierre de esta jurisdicción con el fin de dilucidar aspectos como los de objeto en estudio, emitió sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016 dentro del radicado CE-SUJ2 85001-3333-002-2013-00060-01, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la que precisó:

> *"(...)*
> *Teniendo en cuenta las normas reseñadas, el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 20003 cuyos artículos 1° y 2° definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios.*
>
> *Sobre este particular, estima la Sala conveniente trascribir los artículos 1° y 2° del referido Decreto Reglamentario 1794 de 2000:*[4]
>
> *"**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 parágrafo 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%. Subraya la Sala).*
>
> *(...)"*
>
> *Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000*[5] *distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, **quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.***

---

[3] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*
[4] *Ibídem.*
[5] *Ibídem.*

> *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,[6] 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,[7] cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".***
>
> *(...)*
>
> *En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.*
>
> *(...)*
>
> *La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que **la correcta interpretación del artículo 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000[8] 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%."***

Teniendo en cuenta el análisis de la sentencia de unificación, encuentra la Sala necesario adoptar el criterio jurisprudencial en cita, el cual se constituye en precedente y referente que armoniza la consecución y efectividad de los principios contenidos en el artículo 103 del CPACA, concordante con las previsiones del artículo 270 *ibídem*.

Ahora bien, respecto a la prima de antigüedad como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, vale la pena precisar que la sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de la consejera María Elizabeth García González, profirió sentencia de tutela de fecha 11 de diciembre de 2014, dentro del proceso bajo radicado 2014-0229201, providencia en la cual se estima el modo de liquidación de la asignación de retiro, a saber:

---

[6] *Ibídem*
[7] *Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.*
[8] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*

> *"(...)*
> *Para la sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad.es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación "," que precede al verbo "adicionado".*
>
> *En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que este no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica, sino que como lo observó el actor implica una doble afectación de la prima de antigüedad ,pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que apique el artículo 16 del decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo."*

En virtud del pronunciamiento reseñado en precedencia, es de recibo para la Sala acoger el planteamiento mediante el cual la asignación de retiro no parte del salario sino del 70% del mismo, por cuanto el aplicarle además del 38.5%, el 70% asignado al salario mensual, implicaría a todas luces el quebranto de prerrogativas fundamentales como el mínimo vital.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, debe precisarse que existe controversia respecto a que el actor se encuentra cobijado por el Régimen de Transición previsto en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, el cual establece que para 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 sesenta (60%). Así las cosas, el debate planteado en la alzada radica en la interpretación, en un primer momento del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, respecto a la cuantía de la asignación de retiro percibida por los soldados profesionales cuya vinculación se remonta al 31 de diciembre de 2000, y finalmente, del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en lo referente a la forma en la cual se debe liquidar la asignación de retiro.

Así las cosas, en aras de resolver el **primer problema jurídico planteado**, se dirá que deberá indagarse si en el presente caso, el actor efectivamente cumple con los requisitos para pertenecer al régimen de transición previsto en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 del 2000, evento

en el cual deberá darse aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016 ,o si por el contrario son de recibo los argumentos esgrimidos por la entidad accionada, para efectos de liquidar la asignación de retiro a que tiene derecho el demandante.

Una vez verificado el material probatorio que obra en el plenario, se tiene que tal como aparece consignado en la hoja de servicios No. 3-79612004 de fecha 15 de febrero de 2014 (fls. 36-37), ratificada con la Resolución No. 2323 de fecha 14 de marzo de 2014, por medio de la cual se efectuó el **reconocimiento de la asignación de retiro** (fls. 38-41), el accionante se desempeñó como soldado voluntario desde el 01 de julio de 1995 hasta el 31 de octubre de 2003, y a partir del 1 de noviembre de 2003 hasta el 15 de enero de 2014 fue incorporado como soldado profesional, computando así, un tiempo efectivo de 20 años,1 mes y 28 días.

De lo anterior puede concluirse sin dubitación alguna que el demandante (i) cuenta con 20 años, 1 mes y 28 días como tiempo de servicio, y que con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 se venía desempeñando como soldado voluntario, pues fue hasta el 01 de noviembre de 2003, cuando se vinculó al Ejército Nacional en calidad de soldado profesional.

Por lo tanto, en este caso resulta clara la aplicación del precedente fijado por el Consejo de Estado sobre el monto de la asignación de retiro de quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraban en calidad de soldados voluntarios, y que posteriormente entraron a formar parte de las filas de las fuerzas militares en calidad de soldados profesionales, que en virtud del régimen de transición tácito dispuesto en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, corresponde a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, prestación que se encuentra claramente diferenciada de la asignación de retiro a que tiene derecho los soldados profesionales, en razón a la aplicación del principio de garantía de derecho adquiridos, pues lo que buscó el legislador fue establecer un régimen prestacional excepcional para aquellos soldados que venían devengando el salario mínimo legal vigente incrementado en el 60%, en virtud de la Ley 131 de 1985.

En consonancia con lo anterior, la referida sentencia dispuso "no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos."

Ahora bien, respecto al **segundo problema jurídico planteado**, esto es, determinar si CREMIL liquidó correctamente la **asignación de retiro** del actor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de Decreto 4433 de 2004, o si por el contrario tal como lo manifestó el juez de instancia se realizó una interpretación errónea de dicho precepto, resulta menester traer a colación la sentencia de tutela de fecha 11 de diciembre de 2014, dentro del proceso bajo radicado 2014-0229201, proferida por la sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de la consejera María Elizabeth García González, en la cual se dispuso que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2000 es claro al establecer el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, de lo que se colige que el cálculo de la mencionada prestación no parte del salario sino del 70% del mismo.

En consecuencia, no es de recibo la interpretación que sobre el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 hace la entidad accionada, toda vez que el hecho de que se parta de un porcentaje del salario mensual, luego de efectuarse la correspondiente operación y se le adiciones el 38.5% de la prima de antigüedad, a todas luces implicaría una doble afectación a la partida correspondiente a prima de antigüedad, pues se estaría aplicando, además del 38.5%,el 70% asignado al salario mensual, presupuesto que de acuerdo a decantada jurisprudencia del Consejo de Estado conculcaría derechos fundamentales a la igualdad y al mínimo vital, por cuanto se impondrían cargas que el actor no está en disposición de asumir.

Concordante lo anterior y reiterando que una de las pretensiones corresponde declarar la nulidad del acto administrativo N° 2014-78091 de fecha 08 de octubre de 2014 (fl. 35), expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica de CREMIL, mediante el cual se negó la **reliquidación**[9] **de la asignación de retiro** tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%), en aplicación del Decreto 1794 de 2000 y ateniendo el acto administrativo que ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante, las consideraciones que fundamentan la decisión se contraen a lo **certificado en la hoja de servicios** (fls. 36-37).

En consonancia con lo anterior, obra en el expediente la Hoja de servicios de la cual se determina que para la fecha de retiro del servicio el Señor LUIS FERNANDO SIPÀGAUTA SIABATO reportaba un sueldo básico en la suma de

[9] *Ver folio 35 vto.*

$862.400[10], sin el incremento del 60%, lo anterior resulta de tomar el Salario mínimo legal mensual vigente de 2014[11] y de la descripción de las partidas computables reporta en la proporción del 58.50% de la prima de antigüedad, por lo que no queda duda que los argumentos de la entidad demandada no cuentan con asidero jurídico ni fáctico, en tanto que no se determinó el reconocimiento de la asignación de retiro en el incremento, siendo procedente confirmar la decisión de primera instancia.

En virtud a la normatividad señalada en el acápite de consideraciones, se precisa que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a través de la Resolución No. 2323 del 14 de marzo de 2014, ordenó en su artículo 1° el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del demandante, a partir del 15 de abril de 2014, así (fl. 39):

> *"(...)*
>
> - *En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 3068 de Diciembre de 2013) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).*
>
> - *Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.*
>
> *(...)"*

Sin embargo, se destaca que en la certificación de partidas computables expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Documental (E) de las funciones de Atención al Usuario de CREMIL (fl. 42), se adujo que la liquidación de la prestación obedecía al 70% de la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, con lo cual se desconoció la ley, tal como lo manifestó la *a quo*.

En efecto, esta Sala advierte que no se discute que se esté dando aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sino que, por el contrario, la interpretación que realiza CREMIL sobre la misma no se considera correcta, toda vez que de la lectura de dicha norma puede concluirse sin hesitación alguna que es solo al salario básico mensual al que se aplica el 70%, valor al que debe adicionarse el 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad.

---

[10] *Dato tomado de la Hoja de servicios (fls. 36-37).*
[11] *Reporte del Histórico del Banco de la Republica*

En ese sentido, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad demandada implicaría que al monto reconocido por concepto de prima de antigüedad se le hiciera una doble reducción; la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma y, posteriormente, la del porcentaje del 70% que el precepto le asigna al salario básico mensual, lo cual que va en contravía de la garantía de los derechos del actor. Además, no puede pasar inadvertido que, en caso de duda acerca del sentido de la disposición, ha de aplicarse la interpretación más beneficiosa al trabajador, atendiendo lo dispuesto en el artículo 53 Superior.

Por lo tanto, la forma como debió haberse liquidado la asignación de retiro al demandante, conforme a lo establecido en el plurimencionado artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, es la siguiente: al salario básico mensual se le debe aplicar el porcentaje del 70%, y a este resultado se le debe sumar o adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad efectivamente devengada por el actor, resultando de dicha operación el monto que le corresponde al demandante por asignación de retiro, tal como lo concluyó el *a quo*, en tanto no se reclama una reliquidación de la asignación básica en actividad, sino en retiro.

Finalmente y atendiendo a que la apoderada de la Entidad en su condición de recurrente, solicita se **revoque la condena en costas** impuesta en primera instancia, pues en su sentir, no se comprobó en el expediente su causación, requisito exigido por la norma procesal, en virtud a que se cumplió con la carga de contestar la demanda, acudir a la audiencia inicial entre otros aspectos, esta Sala señalará que el artículo 188 del CPACA introdujo una modificación sustancial a la regulación contenida en el artículo 171 del CCA, en lo atinente a la condena en costas. En efecto, éste último establecía un sistema subjetivo, en el que debía advertirse si la parte actuó con temeridad o mala fe, mientras que en el primero, la condena en costas opera de manera objetiva, con remisión a las disposiciones del Código General del Proceso, como destinataria, la parte vencida en el proceso, sin advertir en su comportamiento procesal.

Así, descendiendo al *sub examine* se constata que prosperaron la totalidad de las pretensiones de la demanda (fl. 220-221), por lo que conforme lo dispuesto en el numeral primero del artículo 365 del CGP, **era procedente** la condena en costas a la parte vencida, como en efecto lo declaró el Operador Judicial, razón por la cual es menester confirmar también esta determinación. Por todas las razones antes expuestas conllevan a esta Sala a confirmar el fallo proferido en primera instancia, también en lo que hace a este punto.

5. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sobre las costas en esta instancia, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, dispone que "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien* ***se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación****, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto*".

Conforme al artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho; de ahí que para determinar estas últimas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En relación al criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que, a pesar de ser objetivo, se le califica de "*objetivo-valorativo*"[12] porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 CGP.

Al revisar al plenario se constata que efectivamente se causaron costas en esta instancia, pues, la parte actora realizó actuaciones procesales (alegatos de conclusión) en esta instancia y por ello, la Sala procederá a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia inicial el 03 de Mayo de 2017 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Con condena en costas en segunda instancia.

TERCERO: En firme la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "*Justicia Siglo XXI*".

---

[12] *CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.*

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
*Rad. No. 1523833339751-**201500317**-01*
Demandante: LUIS FERNANDO SIPAGAUTA SIABATO
Demandado: CREMIL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
... auto anterior ... notificado
... 2017
... SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 12 DIC. 2017

DEMANDANTE:	AMADEO AGUDELO PÉREZ
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
REFERENCIA:	152383339751-**2015-00338**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionada (fls. 156-171), contra la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial el 2 de mayo de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 3-4)

El señor AMADEO AGUDELO PÉREZ, a través de apoderado, acudió ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, a fin de que se declare la nulidad de las **Resoluciones No. RDP 020434 de 22 de mayo de 2015** y **No. RDP 034549 de 24 de agosto del mismo año**, mediante las cuales la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante y resolvió un recurso de apelación interpuesto contra el primer acto, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare que el demandante tiene derecho a que se le reliquide y pague su pensión de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, esto es, del 1° de enero al 30 de diciembre de 2014, a saber: asignación básica, gastos de representación, cátedra ingeniería electromecánica Duitama, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2014, fecha de retiro definitivo del servicio oficial.

Además, solicitó que se condene a la UGPP al pago de forma indexada y con los ajustes anuales de las diferencias entre lo efectivamente pagado por concepto de mesadas pensionales y lo que debió cancelarse, así como al pago de los intereses moratorios, conforme lo establece el inciso 3° del artículo 192 del CPACA.

1.1.2. Fundamentos fácticos (fls. 5-6)

Manifestó el apoderado de la parte actora que el señor AMADEO AGUDELO PÉREZ, laboró al servicio del Estado en calidad de empleado público, desde el 16 de marzo de 1982 hasta el 30 de diciembre de 2014, fecha de retiro definitivo del servicio oficial, en la UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA – UPTC.

Indicó que su poderdante nació el 19 de septiembre de 1946, y por ende, adquirió el estatus jurídico de pensionado, el 19 de septiembre de 2001.

Añadió que el demandante fue retirado del servicio oficial, mediante la Resolución No. 5289 del 27 de octubre de 2014, **a partir del 31 de diciembre de 2014.**

Señaló que la UGPP, mediante Resolución No. 26800 del 20 de septiembre de 2002, reconoció pensión de jubilación a favor del señor Agudelo Pérez, en cuantía de $2.065.296 efectiva a partir del 1° de abril de 2002, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

Expuso que, a través de la Resolución No. RDP 027994 de 20 de junio de 2013, la demandada reliquidó la pensión de jubilación a favor del actor, en cuantía de $3.093.508, efectiva a partir del 1° de enero de 2013, igualmente condicionado su disfrute al retiro definitivo del servicio.

Adujo que el 9 de febrero de 2015, el demandante solicitó la reliquidación de su pensión por retiro definitivo y con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y no tenidos en cuenta en el acto administrativo de reconocimiento, petición que fue atendida de manera negativa por parte de la UGPP, mediante Resolución No. RDP 020434 de 22 de mayo de 2015.

Manifestó que el actor, dentro del término legal, interpuso contra la Resolución antes mencionada recurso de apelación, el cual fue desatado a través de la Resolución No. RDP 034549 de 24 de agosto de 2015, confirmando en todas sus partes el acto atacado.

1.1.3. Normas violadas y conceptos de violación (fls. 6-16)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Artículos 2, 6, 13, 25, 29 y 53.

Legales: Artículo 10 del Código Civil; artículo 5 de la Ley 57 de 1887; Leyes 33 y 62 de 1985; artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y Ley 1437 de 2011.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 64-74)

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, la apoderada judicial de la entidad demandada, presentó escrito de contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones invocadas por la parte actora.

Manifestó que los actos administrativos demandados, fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, aplicables a los beneficiarios del régimen de transición y conforme al principio de legalidad que los ampara, por esta razón, aduce que los actos impugnados no presentan error que dé lugar a su nulidad.

Adujo, en cuanto a los hechos, que todos son ciertos, manifestando que el actor no tiene derecho a la reliquidación de la pensión con la inclusión de nuevos factores en el ingreso base de liquidación: cátedra ingeniería electromecánica, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, pues estos no se encuentran contemplados en el Decreto 1158 de 1994 ni en las Leyes 33 y 62 de 1985 y porque además, no se efectuaron aportes con destino a pensión sobre los mismos.

Así las cosas, agregó que como el demandante adquirió su status pensional el 19 de septiembre de 2001, tiempo después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 691 de 1994, el ingreso base de liquidación se calculó con el promedio de lo devengado en los últimos diez años o el tiempo que le hicieren falta.

Por otro lado, aludió, que conforme a lo estipulado en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, los factores salariales están taxativamente estipulados, y que, los solicitados por el demandante no se encuentran entre los reconocidos legalmente, y aún más, ellos no tienen una relación directa con el servicio pues no hay causalidad entre este y aquellos, por lo que no puede concluirse que constituyen salario pues no todo emolumento recibido por el trabajador constituye factor salarial.

Señaló que de accederse a las pretensiones de la demanda, se estaría quebrantando el principio de solidaridad de que trata el Acto Legislativo No. 1 de 2005 y artículo 48 de la Constitución Política; de igual forma, se violentaría el principio de sostenibilidad presupuestal, pues, debe mantenerse un equilibrio económico a fin de garantizar el reconocimiento del derecho a todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: *i) inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, ii) inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, iii) prescripción de mesadas, iv) solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.*

1.2.1. Llamamiento en Garantía (fls. 122-129)

En escrito separado a la contestación de la demanda, la UGPP solicitó llamar en garantía a la UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA – UPTC, por ser ésta la entidad empleadora del actor, y en razón a que las prestaciones a él reconocidas, dependieron directamente de los aportes realizados por el empleador, por lo que se generaría un perjuicio económico para la UGPP al tener que cancelar sumas sobre las cuales nunca recibió aportes.

Mediante auto de fecha 19 de enero de 2017, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, rechazó el llamamiento en garantía así formulado por la UGPP (fls. 131-132).

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 2 de mayo de 2017, resolvió (fls. 148-153 y CD fl. 155):

> *"**PRIMERO: NEGAR** la excepción de "prescripción" propuesta por la entidad accionada, según la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD** de la Resolución No. RDP 020434 del 22 de mayo de 2015, a través de la cual la entidad accionada le negó la reliquidación de la pensión de vejez al demandante con inclusión de todos los factores salariales por él devengados en el último año de servicios.*
>
> ***TERCERO: Declarar la nulidad** de la Resolución No. RDP 034549 del 24 de agosto de 2015, a través de la cual la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, confirmó vía apelación la Resolución No. RDP. 020434 del 22 de mayo de 2015.*
>
> ***CUARTO:** Como consecuencia de las declaratorias de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** a:*
>
> ***A) RELIQUIDAR** la pensión de vejez del señor **AMADEO AGUDELO PÉREZ**, incluyendo además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados ya reconocidas, los siguientes factores salariales: **gastos de representación, cátedra ingeniería electromecánica, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**, emolumentos igualmente devengados por el actor durante el último año de servicio.*
>
> ***B) PAGAR** al señor **AMADEO AGUDELO PÉREZ**, la diferencia entre las sumas que percibió como mesada pensional y las que legalmente le correspondían, a partir del **31 de diciembre del año 2014**, fecha del retiro definitivo del servicio. Las sumas resultantes deberán actualizarse de acuerdo con la fórmula:*
>
> $$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$
>
> *Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.*

QUINTO: *La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** deberá **DESCONTAR** de las anteriores sumas los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordenó al señor **AMADEO AGUDELO PÉREZ**, en el cuatro por ciento (4%) que le correspondía pagar como empleado, mes a mes, para cada uno de los aportes durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, comprendidos entre el **1 de enero de 2010 y el 30 de diciembre de 2014**, por prescripción extintiva, siempre y cuando sobre estos no se haya efectuado la deducción legal para el Sistema General de Salud y Pensiones, y trasladarlo a las entidades a cargo de la pensión y salud debidamente indexados conforme al IPC.*

(...)
***OCTAVO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia, Por Secretaría, liquídense.*

***NOVENO:** Se fija como Agencias en Derecho la suma correspondiente al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de quinientos treinta y tres mil setecientos tres pesos ($533.703.oo m/cte).*

(...)"

Para adoptar tal determinación, la juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, con base en el cual y del material probatorio allegado al expediente, concluyó que el accionante pertenece al régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que sin embargo la demandada liquidó su pensión con lo devengado o cotizado durante el tiempo que le hacía falta para tener derecho a la pensión y con los factores salariales establecidos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

En ese contexto, precisó que contrario a lo manifestado por la UGPP, al actor debió aplicársele integralmente el régimen de transición de la Ley 100, con observancia de todos los requisitos establecidos en la normatividad a la cual se encontraba afiliado al momento de la vigencia de dicha Ley, es decir, en los términos de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, normas que deben interpretarse de conformidad con el criterio expuesto por el Consejo de Estado en sentencia de unificación, proferida el 4 de agosto de 2010, por lo que el monto de la pensión es el equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicios, por resultarle más favorable.

Siguiendo ese argumento, señaló que fue acreditado que durante el último año de servicio, adicional a la asignación básica y a la bonificación por servicios prestados (consignados en el acto que le reconoció la pensión de vejez), el demandante devengó los factores salariales de: gastos de representación, cátedra ingeniería electromecánica, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, los cuales debieron incluirse en el IBL, por ser percibidos de manera habitual y periódica como contraprestación directa del servicio.

Por otro lado, indicó que toda vez que al demandante se le reconoció pensión de vejez el 20 de septiembre de 2002, pero condicionado su pago a demostrar

el retiro definitivo del servicio, lo cual ocurrió a partir del 31 de octubre de 2014, y como quiera que el 9 de febrero de 2015 el actor presentó petición de reliquidación pensional con inclusión de todos los factores salariales, en el presente caso no operó el fenómeno prescriptivo trienal sobre las mesadas pensionales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Finalmente, ordenó los descuentos de los aportes por concepto de pensión, correspondientes a los factores salariales sobre los cuales no se ha efectuado la deducción legal, atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco años de vida laboral del actor, por prescripción extintiva, sin que el valor a descontar supere la condena, en virtud del pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Boyacá, sobre el particular.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la entidad demandada UGPP, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente (fls. 156-171):

Indicó que el demandante, en principio, se regía por las Leyes 33 y 62 de 1985, toda vez que según el tiempo de vinculación, éstas eran las leyes aplicables para el régimen prestacional antes de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, con la entrada en vigencia de esta última, se creó el régimen de transición que respetaba tres condiciones del régimen anterior para alcanzar el derecho a la pensión, estos son: la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión a reconocer.

Adujo que se encontraba incluido en el régimen de transición y de acuerdo con las reglas del mismo fue liquidada su pensión, respetando la edad, el tiempo de servicio y el monto, siendo este solo el porcentaje del IBL según la ley y la jurisprudencia y tomando el tiempo de liquidación que establece la Ley 100 de 1993, en el régimen de transición, así como los factores de la misma. Agregó que aplicar lo contrario, constituiría un trato diferenciado e injustificado que implicaría un beneficio para ciertos afiliados que la ley no quiso establecer y que la demandada no puede reconocer.

Por otro lado, en cuanto a los factores de liquidación, manifestó que dio estricto cumplimiento a las normas y jurisprudencia aplicables al reliquidar la pensión de jubilación del demandante. Así las cosas, se liquidó sobre los mismos factores que sirvieron de base para calcular los aportes, por lo que no es procedente la reliquidación con la inclusión de factores sobre los cuales no se han efectuado aportes, puesto que el accionante cumplió su status jurídico con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y por tanto, los factores salariales son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Así mismo, solicitó la aplicación de la Sentencia C-258 de 2013, proferida por la H. Corte Constitucional, que establece que el monto de las mesadas pensionales corresponderá única y exclusivamente a los factores salariales

efectivamente cotizados, resaltando que tal criterio, debe ser aplicado en aquellos casos en los cuales se discuta el monto pensional de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, como quiera que lo que se procura, es velar por la sostenibilidad y equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social Integral, aplicando una regla común, sin distinción o excepción alguna, en donde el monto de la pensión corresponderá a lo que efectivamente se aportó al sistema.

De igual forma, requirió la aplicación de la Sentencia SU-230 de 2015, mediante la cual se hace una interpretación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en donde se establece que las mesadas en régimen de transición se liquidan con edad, tiempo en cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente, entendiendo monto única y exclusivamente como tasa de remplazo, pero que período de liquidación y factores, es decir, el cálculo del IBL se hace con las reglas contenidas en la propia Ley 100 de 1993.

Sobre la condena en costas, adujo que conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, solamente procede cuando la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, y en su sentir, al no haber existido conducta dilatoria por su representada, no debe haber condena por tal concepto en este caso.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en Audiencia de Conciliación Posterior al Fallo, llevada a cabo el 9 de junio de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama (fl. 175 y CD fl. 179), y admitido por esta Corporación mediante proveído de 21 de junio de 2017 (fl. 183). A través de auto de 6 de julio de 2017, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 186).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandada - UGPP (fls. 188-201)

La apoderada de la UGPP, allegó escrito de alegatos de conclusión reiterando lo argumentado en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Sostuvo que el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición y en consecuencia se pensionó con 55 años de edad, 20 años de servicio y el 75% como monto de la pensión, tal y como lo indica la Ley 33 de 1985, pero las demás condiciones y requisitos, tales como el período sobre el cual se liquida la pensión y los factores salariales que se tuvieron en cuenta en la liquidación son lo indicados en la Ley 100 de 1993, y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, por cuanto se deben aplicar únicamente los factores salariales que se encuentran en forma taxativa en la norma anterior,

en razón a que los solicitados en la demanda no se encuentran consagrados en la misma.

Reiteró sobre la obligatoriedad de la Jurisprudencia Constitucional y la aplicación de la extensión de jurisprudencia, finalmente solicitando sea revocado el fallo de primera instancia y sea absuelta de toda responsabilidad la entidad demandada.

2.1.2. Parte demandante (fls. 202-205)

El apoderado de la parte demandante, solicitó se confirme la decisión de primera instancia, en razón a que el señor AGUDELO PÉREZ, se encuentra amparado por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por lo que para la reliquidación de su pensión de vejez, le son aplicables en su integridad la normatividad anterior, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985.

Por lo anterior, solicitó la aplicación de la sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, proferida por el Consejo de Estado, y destacó que en el último año de servicios, esto es, del 1° de enero al 31 de diciembre de 2014, el actor devengó los factores salariales que fueron incluidos en la base de liquidación por la juez de instancia.

2.2. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO (fls. 252-258)

El Procurador 122 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja, emitió Concepto de 21 de julio y 10 de agosto de 2017, en el que indicó que el actor, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, no le son aplicables en materia pensional las reglas o preceptivas de dicha ley, sino que, por el contrario, su situación pensional se rige por la legislación que tenía vigencia anteriormente, esto es, la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes.

En cuanto a las sentencias respecto de las cuales la UGPP pide su aplicación (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), señaló que no serían pertinentes para el caso concreto, en razón a que la primera de ellas, expresamente circunscribió su campo de aplicación a las pensiones de los congresistas y demás servidores señalados en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992. En ese sentido, destacó que su aplicación debe recaer a situaciones consolidadas luego de la ejecutoria de las mismas, pues con anterioridad regían otros criterios o estándares normativos, en especial, los adoptados por el Consejo de Estado.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del

trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, corresponde a esta Sala establecer si: *¿Es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a favor del accionante con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, dando aplicación íntegra a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año?*

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Obligatoriedad del precedente de Unificación

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y en desarrollo del artículo 103 Constitucional, se consolidó la importancia de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y las decisiones tomadas por la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales.

El artículo 10° de la Ley 1437 de 2011, impone a las autoridades administrativas el deber de aplicación de manera igualitaria de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a los asuntos que contengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es decir, que cuando una autoridad administrativa se encuentre ante casos con los mismos hechos y fundamentados en las mismas normas jurídicas deberán adoptar decisiones uniformes. En otras palabras, siempre y cuando se den los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es obligación tener en cuenta las sentencias de unificación en las que se efectúe la interpretación y aplicación de dichas normas que sustenten la solución del asunto; obligación que impone el artículo mencionado.

La Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011, al analizar la exequibilidad del artículo 10° de la Ley 1437 de 2011, dispuso la constitucionalidad condicionada de dicho artículo en el entendido que, así como se debían tener en cuenta la sentencias de unificación del Consejo de Estado, de manera preferente correspondía tener en cuenta las decisiones tomadas por la Corte Constitucional en las cuales se interpretaran las normas constitucionales aplicables al caso en concreto.

En ese sentido, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, la solicitud de extensión de la jurisprudencia -ya sea adelantada ante la autoridad administrativa competente o ante el Consejo de Estado por negativa de la autoridad- y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, son figuras jurídicas tendientes a que se aplique realmente el precedente jurisprudencial administrativo.

3.2. Del Régimen de Transición previsto en la Ley 100 de 1993 y de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado

Con la Ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estableciéndose dentro del mismo los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez, derogando a su vez los diferentes regímenes pensionales existentes con anterioridad.

Sin embargo, en su artículo 36 contempló un régimen de transición, en los siguientes términos:

> *"**ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*
>
> *El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
> *(...)*
> *Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.*
>
> *PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."* (Subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-789 de 2002, precisó el alcance del mencionado artículo 36 de dicha normatividad al expresar lo siguiente:

> *"La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa*

legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo."

Por tanto, el artículo 36 permitió que la situación jurídica se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional, para las personas que cumpliesen uno de los siguientes requisitos, los cuales debían estar reunidos al momento de la entrada en vigencia del sistema de pensiones:

1. **Hombres que tuvieran más de cuarenta años.**
2. Mujeres mayores de treinta y cinco años.
3. Hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados.

Tal como lo señaló el Consejo de Estado, en sentencia proferida el 12 de mayo de 2005 dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2000-04685-01 (2938-04), *"la transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior".*

En lo que hace relación a las normas aplicables al monto del ingreso base de liquidación de la pensión, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 28 de octubre de 2004 dentro del expediente No. 76001-23-31-000-2001-05461-01 (5884-03), indicó que *"... no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993,* ***pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio***"

De lo anterior, se colige que el monto de la pensión que incluye el porcentaje y la base de liquidación para las personas amparadas por el régimen de transición, se rige por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al principio *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Como resultado de lo expuesto se tiene que la normatividad aplicable para la pensión de jubilación del demandante y su liquidación era la Ley 33 de 1985, la cual aplicaba a todos los servidores públicos de todos los niveles que no se encontraran exceptuados de ella.

3.3. Del Régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985

En los términos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, la consolidación del derecho a la pensión ordinaria de jubilación surge cuando se cumplen 20 años de servicio y 55 años de edad. En cuanto a la base de liquidación, la precitada ley dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio y enumeró en su artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de los mencionados aportes; disposición que fue modificada por el artículo 1° inciso 2° de la Ley 62 de 1985, en la que se incluyeron como factores de liquidación las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

No obstante, es importante señalar que la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado por vía jurisprudencial, a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, dictada con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, dentro del expediente No. 25000232500020060750901 (0112-2009), precisó que los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 lo eran únicamente a título enunciativo, por cuanto debían incluirse todos los que habitual y periódicamente recibía el trabajador como retribución de sus servicios. En suma, atendiendo tal postura jurisprudencial, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, como quiera que son devengados periódicamente por el trabajador en razón a la prestación del servicio y no constituyen sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador.

Posteriormente y en contravía a la postura de unificación anterior, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-230 de 2015, en donde adopta un criterio disímil a partir de lo considerado previamente en la sentencia C-258 de 2013 donde, en sede de revisión de tutela, indicó que la interpretación del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 se debe entender en el sentido que el modo de promediar la base de liquidación de la pensión de jubilación o vejez no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que dicho régimen solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación y que, por lo tanto, el IBL debe ser el contemplado en el régimen general para todos los efectos.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso No. 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013) con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, con ocasión de la expedición de la sentencia en comento, reiteró su posición

unánime relativa a que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprendía la base de liquidación (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), a excepción de las pensiones de congresistas y asimilados que se encuentran regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la referida sentencia C-258 del 2013.

Según se determinó en la providencia, si se acogiera la variación interpretativa que pretendía introducir la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015 se afectaría el derecho a la igualdad de los beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas. A su juicio, no parece acorde con los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales el cambio jurisprudencial mencionado, toda vez que si la Constitución ya dispuso la finalización del régimen de transición pensional en el año 2014, quedando pendiente un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el derecho, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera y, en cambio, sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los mencionados principios.

El pronunciamiento enfatizó que el argumento expuesto en la sentencia C-258 de 2013 para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 no se puede generalizar y, por ende, aplicar como precedente a otros regímenes, pues ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hace parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, ni goza de reconocimientos que generen afectación al principio de sostenibilidad financiera.

Devino luego el pronunciamiento de la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en sentencia de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016, dentro del proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2016-01334-01, donde se decidió lo siguiente:

> *"(...) PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 13 de octubre del 2016, emitida por la Sección Cuarta de esta Corporación, en la cual negó el amparo solicitado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP, para en su lugar, AMPARAR el derecho al debido proceso de la accionante, en consecuencia, ORDENAR a la Sección Segunda del Consejo de Estado, que en el término de diez (10) días profiera una nueva decisión atendiendo a los lineamientos trazados en esta providencia. (...)"*

Ello, al considerar lo que se transcribe enseguida:

> *"(...) Ahora bien, encuentra la Sala que el argumento central con el que el a quo constitucional dispuso negar el amparo giró en torno a que, en su criterio, resultaba desproporcionado aplicar las reglas fijadas en la SU 230 de 2015 en aquellos casos en que los ciudadanos hubiesen iniciado el trámite ordinario antes de que se profiriera la citada sentencia de unificación, razonamiento que no es de recibo en la medida que esta Sala ha señalado que 'el precedente de*

las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.' (...) hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como la igualdad, seguridad jurídica y la confianza legítima.'
(...)
(...) la decisión dictada por la autoridad judicial accionada -Sección Segunda de esta Corporación, desconoció las reglas que respecto el tema bajo estudio, fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015; jurisprudencia que conforme a los argumentos expuestos en párrafos precedentes, era de obligatorio cumplimiento por el la Sección Segunda del Consejo de Estado y la cual estaba vigente para fecha en que se profirió el fallo acusado (...)"

No obstante, la Corte Constitucional en **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó los efectos de la sentencia C-258 de 2013 de la siguiente manera:

"(...) De este modo, como el régimen pensional de la señora Delcy del Río Arellano era el contemplado en la Ley 33 de 1985 y no el establecido para los congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios (Ley 4 de 1992), la sentencia alegada como desconocida tampoco resulta aplicable al presente asunto.

*Sin embargo, como la Corte Constitucional mediante Auto 326 de 2014, reafirmó la interpretación que sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 había fijado la sentencia **C-258 de 2013**, según la cual el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el IBL, es preciso advertir que el Tribunal Administrativo del Bolívar no desconoció dicho precedente, por cuanto la peticionaria **adquirió su derecho pensional con anterioridad a ese pronunciamiento**, en razón a lo siguiente:*
(...)

*(...) **la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013**, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. **En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.***

***Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos**, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde 'el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este*

acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas'. (...)" (Negrita fuera del texto original).

De conformidad con el análisis antes expuesto, da cuenta la Sala que frente a la acción de tutela proferida el 15 de diciembre de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, no se tuvo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia del 9 de noviembre de 2016 precisó que las interpretaciones jurisprudenciales de esa Corporación no podían ser extendidas a las pensiones consolidadas con anterioridad al 7 de mayo de 2013, esto es, la fecha de expedición de la Sentencia C-258 del mismo año, por tratarse de derechos adquiridos.

La sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de mayo de 2016 coincide en señalar que, en materia del IBL de pensiones, cuando se trata de resolver casos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe seguirse el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 conforme a las cuales el mencionado asunto debe dilucidarse atendiendo las previsiones de la Ley 100 de 1993 y no las señaladas en el régimen anterior; postura opuesta a la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, que sostuvo que el IBL **es parte integrante del régimen de transición** y, por ello, se debe acudir a las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

Aunque la Sección Quinta del Consejo de Estado en la acción de tutela antes citada se pronunció adoptando una posición opuesta a la de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, no puede obviarse que la aludida providencia dejó de aplicar una línea jurisprudencial que esa misma Corporación ha sostenido establemente, en la que se indica que el régimen de transición comporta la aplicación del régimen anterior **integralmente** y no puede excluir el IBL so pena de incurrir, por contera, en la vulneración del principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad cuando se está ante idénticos supuestos fácticos y jurídicos.

En el mismo sentido, resulta inadmisible que, luego de haberse logrado un avance en la interpretación unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el año 2010 en torno al reconocimiento de la plena efectividad de los derechos pensionales derivados de la interpretación favorable del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se adopte una tesis restrictiva y desfavorable como la expuesta en la la sentencia SU-230 de 2015 frente a quienes, como en este caso, son beneficiarios de una regulación especial como la contenida en la Leyes 33 y 62 de 1985, desconociendo, en sentir de esta Sala, el ***principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*** en la medida en que se vería frustrada la protección ya otorgada a dichos beneficiarios, impidiéndoles gozar de sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano.

Es por ello que, ante la existencia de una consolidada línea jurisprudencial integrada por una sentencia de unificación y varias sentencias proferidas en juicios ordinarios y de tutela por parte del Consejo de Estado sobre el mismo asunto, no queda duda a esta Sala frente a su deber de seguir los criterios sentados en los fallos de esa Corporación, no sólo en aplicación de la Constitución Política, sino también de los artículos 10 y 270 de la Ley 1437 de 2011. Cabe mencionar, de un lado, que la acción de tutela va encaminada a salvaguardar derechos particulares y concretos, salvo los casos en los que se otorguen efectos *inter comunis* a la decisión, en cambio, los precedentes surgen a partir de reiterados pronunciamientos, como sucede en lo que se refiere a la integralidad del sistema pensional anterior y, de otro lado, que las sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado son fuente de derecho, como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 24 de agosto de 2011 y C-816 de 2011, así que desconocerlas implicaría un desconocimiento de la ley.

A más de lo anterior, dirá la Sala que por vía de tutela, recientemente, en sentencia de 22 de septiembre de 2016, proferida con ponencia del Consejero Roberto Augusto Serrato, el Consejo de Estado en su Sección Primera[1] señaló el deber de aplicar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, so pena de incurrir en un desconocimiento de los precedentes proferidos por el superior funcional y, en consecuencia, en vía de hecho. Se dijo allí:

> *"(...) Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.*
> *(...)*
> *Como puede apreciarse, la Sección Segunda de la Corporación, con razonados y suficientes argumentos, explica los motivos por las cuales, el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, contenido en la sentencia SU-230 de 2015, no resulta aplicable en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa; toda vez que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se produjo como resultado de una acción de tutela promovida contra una providencia de la Corte Suprema de Justicia, y en razón a que dicha Corporación tiene competencias diferentes a las materias sobre las cuales se pronuncia el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, su aplicación no podía hacerse extensiva a los servidores públicos con regímenes especiales.*
> *(...)*
> *En cuanto a la debida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cabe recordar que este fue determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995, que estudió la exequibilidad de ese artículo, precedente que, de conformidad con la jurisprudencia de esa Corporación, resulta de obligatorio acatamiento.*
> *(...)*
> *En ese orden de ideas, se reitera que, de conformidad con lo manifestado por la Sección Segunda de esta Corporación, en la sentencia de 25 de febrero de 2016, para el asunto objeto de controversia puesto en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo acertado es dar aplicación al precedente jurisprudencial que, sobre la determinación del IBL para la liquidación de las pensiones de las personas cobijadas por el régimen de transición, ha*

[1] *CE 1, 22 Sep. 2016, e11001031500020160009400, R. Serrato.*

determinado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; que, además, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-168 de 1995, coincidencia que guarda relación con el respeto de los derechos adquiridos y los principios de favorabilidad e inescindibilidad, al confrontar lo regulado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con las disposiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)"

Ahora, en un pronunciamiento más reciente, el Consejo de Estado mediante la sentencia del 9 de febrero de 2017, dictada con ponencia del Consejero César Palomino Cortés, dentro del proceso con radicado No. 25000234200020130154101, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 -proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado- sostuvo que en las sentencias T-631 de 2002, T-169 de 2003, T-651 de 2004, T-158 de 2006, T-251 de 2007, T-101 de 2008 y T-180 de 2008, la Corte Constitucional venía manteniendo la tesis de que el ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición era el correspondiente al del régimen anterior y que el efecto útil del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 está en suplir eventuales vacíos en los regímenes derogados.

Así mismo, como *ratio decidendi*, esa Corporación había afirmado que se vulneraban los derechos pensionales cuando no se aplicaba en su integridad el régimen especial en el que se encontraba amparado el beneficiario del régimen de transición, ya que **el monto y la base de liquidación de la pensión formaban una unidad inescindible**; criterio que fue modificado en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 al considerar que el ingreso base de liquidación (IBL) no es un aspecto sujeto a transición -para establecerlo debe aplicarse lo contenido en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993- y que, como factores de liquidación de la pensión, solo podrán tomarse aquellos ingresos percibidos efectivamente por el beneficiario que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones respectivas. Sin embargo, la Corte Constitucional fija un punto de partida para aplicar la interpretación a que se contrajo la sentencia C-258 de 2013 al aseverar que se aplicará a pensiones consolidadas **después del 7 de mayo de 2013**, esto es, cuando fue proferida ésta decisión judicial.

Así pues, la línea jurisprudencia del Consejo de Estado ha sintetizado que el régimen de transición debe reconocerse: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa, b) con la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) con los factores integrantes del régimen anterior como meramente enunciativos y no taxativos, d) ordenando el descuento de los aportes que no se hubieren efectuado oportunamente para mantener el equilibrio de las finanzas públicas pensionales.

En estas condiciones, aún ante la presencia de la mencionada sentencia de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado[2], lo cierto es que el Tribunal

[2] *Vale la pena agregar que en sentencia dictada el 23 de marzo de 2017 dentro del proceso con radicación No. 11001-03-15-000-2016-03366-01, la Sección Quinta expidió una providencia en la que rectifica parcialmente su posición en el sentido de señalar que la interpretación de la Corte Constitucional solo es aplicable para las pensiones consolidadas con posterioridad al 6 de julio*

de cierre de la Jurisdicción Administrativa ha reiterado la tesis dominante de esa Corporación y mantiene incólume la decisión de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 por considerar que atender las decisiones de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y T-615 de 2016, proferidas por la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, atentaría contra los principios de progresividad y favorabilidad, y comprometería derechos laborales de rango constitucional.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al *sub lite*, debe precisarse que no existe controversia acerca de que el actor se encuentra cobijado por el régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993, el cual remite en su caso a la Ley 33 de 1985. Así las cosas, el debate planteado en la alzada radica en el marco temporal del IBL y los factores que lo integran.

Al respecto, del marco jurídico expuesto en precedencia, donde se confrontaron las tesis de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, puede concluirse que, a pesar de las claras divergencias argumentativas, existe claridad en dos aspectos fundamentales: primero, que el sustento de la *ratio decidendi* expuesta por la primera se dirige a censurar las pensiones que fueron reconocidas con abuso del derecho por parte del ciudadano o fraude a la ley[3]; y segundo, que el precedente constitucional solo es aplicable a las pensiones de jubilación cobijadas por el régimen de transición que se consolidaron con posterioridad a la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

El entendimiento de estos dos razonamientos, guarda armonía con la posición del Órgano de Cierre de esta jurisdicción, que a pesar de debatir el concepto de *monto de la pensión* en la forma como fue delimitado por el Tribunal Constitucional, también reprueba las pensiones obtenidas con abuso del derecho o fraude a la ley, explicando que, en todo caso, no puede entenderse como tal la

---

*de 2015, fecha en que fue dictada la sentencia SU-230 de 2015: "(...) Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, **opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación,** pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.*
*Sin embargo, por involucrar **derechos adquiridos,** ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política.*
*Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues **no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida**. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

*[3] CConst, T-615/2016, J. Palacio: "(...) en el sub – lite se encuentra demostrado que la señora Delcy Del Rio Arellano trabajó desde el 19 de octubre de 1973 hasta el 30 de julio de 2003, es decir, aproximadamente 30 años, tiempo durante el cual realizó los aportes correspondientes para adquirir la prestación pensional. **Esa circunstancia desvirtúa que la pensión haya sido obtenida con abuso del derecho o fraude a la Ley, razón por la cual no le es dable a la Corte que por vía de tutela se ordene la reducción de la mesada pensional de la ciudadana en mención con fundamento en una sentencia de unificación que no fijó en la parte considerativa ni en la resolutiva el procedimiento o los parámetros para efectuar la reducción de las pensiones, máxime si no existe una venta injustificada que defraude la sostenibilidad financiera del sistema pensional ya que la beneficiaria financió durante toda su historia laboral su pensión**. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 a quienes aportaron durante toda su vida laboral sin saltos económicos desproporcionados para sortear la contingencia de la vejez[4], y considera que su jurisprudencia rige, por lo menos, hasta antes de que la Corte Constitucional variara la suya (la aplicabilidad después de ese momento sigue en debate).

Así las cosas, lo primero que deberá indagarse es si esos dos requisitos se reúnen en el presente caso, evento en el cual la vigencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado no admite discusión; de lo contrario, la Sala procederá, en virtud del principio de transparencia, a explicar los motivos que le llevan a adoptar una de las interpretaciones de las Altas Cortes.

Verificado el expediente, se tiene que el accionante estuvo vinculado a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, desde el 16 de marzo de 1982 al 30 de diciembre de 2014, fecha de retiro definitivo del servicio, en el cargo de Docente de tiempo completo, adscrito a la Facultad Seccional Duitama, Escuela de Ingeniería de Electromecánica (fls. 35 y 39) y se demostró que el actor adquirió su estatus pensional el 16 de marzo de 2002, cuando reunió los requisitos de edad y tiempo de servicios (fls. 20 y 35).

De lo anterior puede concluirse sin dubitación alguna que el demandante (i) no busca beneficiarse de una conducta constitutiva de abuso del derecho o fraude a la ley, debido a que permaneció en el mismo cargo durante toda su vida laboral, sin que se advierta que el propósito de la situación administrativa fuera aumentar desproporcionadamente el monto de su pensión de jubilación y efectuó aportes a pensión durante la misma, y (ii) adquirió su estatus pensional antes de la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Por lo tanto, en este caso resulta clara la aplicación del precedente fijado por el Consejo de Estado sobre la reliquidación de las pensiones de jubilación de los servidores cobijados por la Ley 33 de 1985, en virtud del régimen de transición creado en la Ley 100 de 1993, que en cuanto a los cargos de la apelación, consiste en que la liquidación de la prestación debe efectuarse con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios. Además, con el fin de salvaguardar la sostenibilidad económica del sistema, debe disponerse que se realicen los descuentos pertinentes a salud y pensión frente a los conceptos cuya inclusión se ordena en la base de liquidación de la pensión, en caso de que no hubieran sido realizados oportunamente.

Aplicando lo antedicho al *sub lite*, no cabe duda de la indebida delimitación del marco temporal de la liquidación, pues no abarcó el último año de servicios sino los últimos diez. Por otra parte, CAJANAL EICE reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez a favor del señor AMADEO AGUDELO PÉREZ

---

[4] *CE 2, 9 Feb. 2017, e25000234200020130154101(4683-2013), C. Palomino: "(...) La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas de quienes han consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad, con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que refleje su trabajo y su esfuerzo y **no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas.** (...)" (Negrilla fuera del texto original)*

(*condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio*), incluyendo en el IBL los siguientes factores, según se observa en la Resolución No. 26800 del 20 de septiembre de 2002 (CD fl. 63 – archivo 11): asignación básica, bonificación por servicios prestados y horas cátedra.

Mediante Resolución No. RDP 027994 de 20 de junio de 2013 (fl. 25), la entidad demandada reliquidó la pensión así reconocida, elevando la cuantía de la misma, pero teniendo en cuenta los factores salariales antes referidos.

Ahora bien, verificado el certificado de factores salariales obrante en el plenario, se tiene que el accionante devengó los siguientes conceptos en el último año de servicios, comprendido entre el 1° de enero al 30 de diciembre de 2014: **sueldo devengado, gastos de representación, cátedra administración de empresas diurno, prima de servicios, bonificación productividad, bonificación por servicios, prima de navidad y prima de vacaciones** (fls. 36-38), lo que sin duda alguna impone la necesaria reliquidación del derecho pensional reconocido, incluyendo esta vez los factores inobservados.

Por lo anterior, es dable afirmar que los actos enjuiciados se encuentran viciados de ilegalidad, siendo procedente declarar su nulidad y la consecuente reliquidación pensional reclamada con inclusión de los factores salariales anteriormente enunciados, los cuales fueron tenidos en cuenta en primera instancia, siendo necesario **modificar el numeral cuarto, literal A)** de la parte resolutiva del fallo apelado, para determinar que el último año de servicio está comprendido entre el 1° de enero y el 30 de diciembre de 2014, tal como lo estableció la juez de instancia en la parte considerativa de la sentencia.

4.1. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones

Sobre el particular, atendiendo el criterio sentado o trazado por este Tribunal en torno al asunto, la UGPP deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones **durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral del demandante** por prescripción extintiva, en el porcentaje que le correspondía, tal como lo señaló la juez de instancia.

4.2. De la prescripción de las mesadas pensionales

Conforme lo señaló la *a quo*, en el caso analizado el demandante solicitó la reliquidación de la prestación pensional con radicación del 9 de febrero de 2015 (fl. 21), interrumpiendo así la prescripción del derecho, como quiera que la pensión fue causada a partir del 31 de diciembre de 2014, por lo que el fenómeno de la prescripción no operó para las mesadas pensionales en este caso, motivo éste para concluir que la decisión adoptada en primera instancia se encuentra acorde a derecho.

5. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sobre las costas en esta instancia, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, dispone que *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto."*, siempre y cuando se compruebe que se causaron (num 8 artículo *ibídem)*.

En lo que respecta a las agencias en derecho en la segunda instancia, se advierte que en el trámite aquí surtido se generaron, atendiendo que la parte accionante presentó alegatos de conclusión y, por lo tanto, se condenará a la parte vencida al pago de las mismas, las cuales se fijan el equivalente a 15 SMLDV. Las costas serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, siguiendo lo establecido en los artículos 365 numeral 4° y 366 del CGP.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto, literal A) de la sentencia de primera instancia, proferida en audiencia inicial el 2 de mayo de 2017 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, el cual quedará de la siguiente manera:

> ***"CUARTO:*** *(...)*
>
> ***A) RELIQUIDAR*** *la pensión de vejez del señor* ***AMADEO AGUDELO PÉREZ****, incluyendo además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados ya reconocidas, los siguientes factores salariales:* ***gastos de representación, cátedra ingeniería electromecánica, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad,*** *emolumentos igualmente devengados por el actor durante el último año de servicio, esto es, en el periodo comprendido entre el 1° de enero al 30 de diciembre de 2014."*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y el numeral 1° del artículo 365 del CGP. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente.

CUARTO: FIJAR como agencias en derecho el monto equivalente a **QUINCE (15) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES DIARIOS VIGENTES**, en concordancia con lo

dispuesto en el Acuerdo No. 1887 de 2013, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, según lo indicado en precedencia.

QUINTO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "*Justicia Siglo XXI*".

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 2 - 19 2017
EL SECRETARIO

HOJA DE FIRMAS
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
*Rad. No. 152383339751-**2015-00338**-01*
Demandante: AMADEO AGUDELO PÉREZ
Demandado: UGPP

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: Dr. FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -TRIBUTARIO
DEMANDANTE: ASOCIACION DE AMIGOS DE LA PLAZA DE TOROS DE DUITAMA-DUITAURINA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE DUITAMA
RADICADO: 15238-33-39-752-2015-00020-01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo de fecha 28 de junio de 2016, proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, que denegó las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho- tributario presentado por **la ASOCIACION DE AMIGOS DE LA PLAZA DE TOROS DE DUITAMA-DUITAURINA** contra **EL MUNICIPIO DE DUITAMA.**

II. ANTECEDENTES

***2.1.- LA DEMANDA*:** Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho-tributario, la **ASOCIACION DE AMIGOS DE LA PLAZA DE TOROS DE DUITAMA** solicitó que se declare la nulidad de las de las liquidaciones de aforo No.

2805, 2806 y 2807, proferidas por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Duitama el 17 de diciembre de 2013, donde se determinó que el demandante es responsable tributariamente por no haber declarado y pagado el impuesto de espectáculo publico realizado los días 5, 6 y 7 de enero de 2013 en cuantías de: $11.659.850, $25.838.350, $11.659.850 respectivamente. Asimismo solicita que se declaren nulas las resoluciones 0457, 0458 y 0459 del 31 de marzo de 2014, por medio de las cuales la Secretaria de Hacienda del Municipio de Duitama, resolvió los recursos de reconsideración interpuestos contra las respectivas liquidaciones de aforo.

A título de restablecimiento del derecho, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados, pidió que se declare que la asociación demandante se encuentra exenta del pago de impuestos por espectáculos públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Acuerdo 020 del 2 de octubre de 2003, mediante el cual se modificó el Acuerdo 031 del 23 de octubre de 2002; que se declare la no procedencia del proceso administrativo coactivo, respecto a las liquidaciones oficiales No. 2805,2806 y 2807 del 17 de diciembre de 2013.

Como fundamento de sus pretensiones, la actora dijo que la Asociación de Amigos de la Plaza de Toros es una asociación sin ánimo de lucro a quien el municipio de Duitama, le dio el inmueble Plaza de Toros, con el ánimo de recuperar este escenario, que se encontraba en abandono.

Que mediante liquidaciones de aforo No. 2805, 2806, y 2807 del 17 de diciembre de 2013 la Secretaría de Hacienda del municipio de Duitama, ordenó como valor a pagar por concepto de impuesto de espectáculos públicos la suma de $11.659.850, $25.838.350 y $ 11.659.850 en relación con el periodo gravable del 5, 6 y 7 de enero de 2013, respectivamente. Que contra las anteriores liquidaciones de aforo se presentó el recurso de reconsideración, los cuales fueron resueltos en forma desfavorable. (fls. 75-79)

2.2.- *PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA*: En el escrito de contestación, la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por carecer de fundamentos facticos, probatorios y jurídicos, teniendo en cuenta que el proceso para determinar el monto a pagar por deuda tributaria, se adelantó con sujeción a los principios de legalidad y debido proceso. Señaló que DUITAURINA no está exenta de del pago de impuesto de espectáculos públicos, pues en virtud del contrato de comodato C6M10052002 y del Acuerdo 031 de 23 de octubre de 2002 se estableció que lo recaudado en virtud del impuesto de espectáculos públicos debería ser reinvertido en la misma infraestructura de la Plaza de Toros; por tanto para lograr determinar el monto a reinvertir, la parte demandante debía proceder a liquidar y declarar el mismo y de esta forma obtener el monto a invertir.

Señala que la exención tributaria, en resumen, es una bonificación fiscal por la que, en determinados casos observados por la Ley, el sujeto pasivo se ve liberado del pago de parte o totalidad de un impuesto, es decir que no genera obligación de pago. Sin embargo en el caso del impuesto de espectáculos públicos, el sujeto pasivo del impuesto es la persona natural que asiste al evento en este caso el espectador que acude a la corrida de toros, es decir que al momento de adquirir el boleto de entrada paga el impuesto a cargo.

Considera que DUITAURINA no es sujeto pasivo del impuesto y por ende no está exento del deber de declaración y pago, ya que la mencionada asociación tiene otra calidad dentro de la relación jurídica surgida en virtud del impuesto, la cual es la responsable del recaudo, declaración y giro de los recursos, es decir actúan como verdaderos agentes retenedores y responsables de la carga impositiva, situación similar a la del IVA.

Afirma que el Acuerdo 031 de 2002 y el contrato de comodato, en ningún momento consagraban una exención del impuesto, lo que señalaron era que los recursos recaudados por tal impuesto deberían ser reinvertidos en la misma plaza de toros, con la respectiva supervisión del ente territorial en principio. Que el acuerdo 020 de 2003, derogó en su totalidad el parágrafo 1 del artículo 4 del acuerdo 031 de 2002 y en su lugar estableció una exoneración de impuesto municipales a DUITAURINA. Sin embargo arguye que el Acuerdo 020 de 2003, fue derogado en su totalidad en virtud al Estatuto Tributario contenido en el Acuerdo Municipal 024 de 2004 y posteriormente por el Acuerdo 041 de 2008, modificado por el Acuerdo 040 de 2012, lo que implica una derogación expresa del mentado Acuerdo 020.

Reitera que DUITAURINA no puede ser exonerado del pago de impuesto municipal de espectáculos públicos, por cuanto no es el sujeto pasivo del impuesto, por el contrario es el responsable agente recaudador del mismo y por ende tiene la obligación de pago. (Fls.212-219)

2.3.- *LA PROVIDENCIA IMPUGNADA*. Se trata de la sentencia de fecha 28 de junio de 2016, dictada por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión el Juez a quo consideró que se demostró la existencia de un contrato de comodato de fecha 2 de diciembre de 2002, entre el Municipio de Duitama y Duitaurina, en el que se estableció como obligación del comodatario reinvertir los recursos recaudados por concepto del impuesto de espectáculos públicos en el mantenimiento y conservación de la infraestructura de la plaza de toros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Acuerdo 031 del 23 de octubre de 2002. Que con posterioridad a la suscripción del comodato, la alcaldía de Duitama expidió el Acuerdo No. 020 del 2 de octubre de 2003, modificando el Acuerdo 031 de 2002, y exonerando a DUITAURINA de todo lo correspondiente a impuestos, en especial el contenido en el artículo 123 del Acuerdo 031 de 2002, de todos los eventos que realice en la plaza de toros.

Argumentó que si bien la exención tributaria establecida por el Concejo Municipal de Duitama, mediante Acuerdo 020 de 2003 en favor de DUITAURINA está respaldada por el ordenamiento jurídico, por tratarse de una manifestación de la autonomía del ente territorial tanto para imponer los tributos municipales como para determinar las exenciones de los mismos, en los términos de las normas jurídicas aplicables para el caso; le asiste razón al ente territorial demandando, pues en el impuesto de espectáculos públicos el sujeto pasivo es la persona que asiste al espectáculo, de conformidad con el numeral 1 del artículo 7º de la Ley 12 de 1932, por ende los beneficiarios de la exención son los sujetos pasivos del respectivo tributo.

Agrega que no existe duda que el Acuerdo municipal 020 de 2003 determinó exonerar al DUITAURINA de los impuestos municipales generados en los eventos que realizara en la plaza de toros durante la vigencia del contrato de comodato, exención que se entiende para aquellos impuestos en los que la asociación comodataria es sujeto pasivo, y como quiera que en el impuesto de espectáculos públicos no es sujeto pasivo, tenía la obligación legal de recaudar y declarar el tributo dentro de los términos establecidos por el Estatuto Tributario Municipal, como responsable de la organización de los eventos, sin perjuicios que en virtud del contrato de comodato tuviese la facultad de reinvertir directamente el monto del recaudo en el mantenimiento y mejoramiento de la infraestructura de la plaza de toros. Por tales razones consideró que la presunción legal de los actos acusados no fue desvirtuada. (fl.261)

2.4.- *TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.* La apelación se admitió mediante auto de 20 de septiembre de 2016 (fl. 286), y por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., se ordenó correr traslado a las partes para que

alegaran de conclusión, y al Ministerio Público para que, si a bien lo consideraba, emitiera su concepto (fl. 292).

2.5.- *EL RECURSO DE APELACIÓN*: Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandante la impugnó manifestando que no le correspondía al Juez de primera instancia interpretar el Acuerdo 020 de 2003 de manera autónoma, considerando que la exoneración de impuestos municipales comprendía los casos donde DUITAURINA tuviera la categoría de sujeto pasivo, pues considera que existe una cláusula expresa y clara que en ninguno de sus apartes dejó salvedad alguna. Señala que el Acuerdo 020 del 2 de octubre de 2003, que establece la exoneración de todo lo correspondiente a impuestos municipales, a la fecha conserva plena validez.

Considera, además, que el problema jurídico a resolver se concretada en determinar si DUITAURINA estaba exonerada o no del pago del impuesto municipal de espectáculos públicos, sin que ello implicara que el a quo realizara un control de legalidad o revisión del Acuerdo, dándole una interpretación diferente a las cláusulas escritas o taxativas, y cambiando la finalidad de la demanda. Que se debe entender que la exención de impuestos a favor de DUITAURINA no puede entenderse para aquellos casos en los que la asociación comodataria es sujeto pasivo, pues la estipulación que se dejó en el Acuerdo es respecto de todos los impuestos y de todos los eventos sin salvedad alguna.

Igualmente argumentó que según lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 3 de la ley 1493 de 2011, no puede considerarse que las corridas de toros son espectáculos públicos, razón por la cual no puede exigirse la declaración de impuesto, considerando que toda duda debe ser resuelta a favor de demandante y no en su contra. Finalmente reitera que la autonomía del ente Municipal en exonerar de un impuesto de espectáculos públicos resulta constitucional y legal, sin que ello dé lugar a analizar si se trata de un sujeto pasivo o no.

2.5.1 Alegatos en segunda instancia

El apoderado de la Asociación de Amigos de la Plaza de Toros Cesar Rincón de Duitama-Duitaurina, presentó su escrito de alegatos reforzando los argumentos expuestos en el recurso de apelación y señalando que todas las cláusulas del Acuerdo 020 de 2003 son válidas y vigentes, por lo que considera que la exoneración de que trata el artículo 2 del mentado Acuerdo es determinante y clara respecto a todos los impuestos municipales y de todos los eventos. (fls.294-297)

Por su parte el apoderado del Municipio de Duitama, expresa que el impuesto cuestionado es causado por la presentación o realización de un espectáculo público, cuya exigibilidad ocurre en el momento en que se presenta la declaración, una vez llevado a cabo el evento dentro de la jurisdicción del municipio se causa el gravamen. Que la base gravable está dada por el valor de cada boleta vendida que permita el acceso al evento sin que se pueda descontar lo que deba pagar el empresario o líder del espectáculo por concepto de otros gravámenes o derechos, la tarifa es del 10% según la Ley 12 de 1932. Señala también que de conformidad con el estatuto tributario del municipio de Duitama adoptado mediante Acuerdo 041 del 29 de diciembre de 2008, en su artículo 230, modificado por el artículo 48 del Acuerdo 040 de 2012, define el sujeto pasivo del impuesto al espectáculo público como la persona natural que asiste al mismo; y que en tal entendido la exoneración del Acuerdo 020 de 2003 comprende los casos donde DUITAURINA sea sujeto pasivo, como puede ser el impuesto predial, de industria y comercio entre otros. (Fls.298-300)

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1.- El problema jurídico

El debate se contrae en determinar si la Asociación de Amigos de la Plaza de Toros *–DUITAURINA_* debe pagar el impuesto de espectáculos públicos, por los eventos realizados los días 5, 6 y 7 de enero de 2013, o si por el contrario se encuentra exenta del mismo en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo Municipal 020 del 2 de octubre de 2003.

Para desatar el problema planteado la sala abordará los siguientes aspectos. **i)** Principio de legalidad en materia tributaria**, ii)** de la exención tributaria**, iii)** impuesto al espectáculo público, **iv)** caso concreto.

3.1.1 Principio de legalidad en materia tributaria

Según el artículo 150 de la Constitución política, corresponde al Congreso de la República hacer las leyes, y como funciones, entre otras, la de establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley[1].

De lo anterior se puede apreciar que la competencia del legislativo[2] en esta materia es taxativa en la medida en que el numeral 10 del mismo artículo se establece que ni siquiera a través de las facultades extraordinarias se puede conferir al Presidente la facultad para decretar los impuestos, así lo establece el mentado numeral:

> *"10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.*

[1] Numeral 12 Artículo 150 superior.
[2] Consejo de Estado, 7 de junio de 2011, Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Radicación número: 23001-23-31-000-2007-00473-01(17623)

> *El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.*
>
> *Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos."* (Subrayas de la Sala)

Por su parte el artículo 338 superior señala:

> *"En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. La Ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo."*

A nivel territorial, tenemos que la Constitución Política determina que a las Asambleas departamentales[3], mediante ordenanzas les corresponde entre otras cosas decretar de conformidad con la Ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales, y a los Concejos municipales[4] votar, de conformidad con la Constitución y la Ley, los tributos y gastos locales.

Al respecto debe decirse también que en materia tributaria rige el principio de legalidad, el cual se fundamenta en el aforismo "nullum tributum sine lege", que exige un acto del legislador para la creación

[3] Constitución Política 300 numeral 4
[4] Constitución Política Aartículo 313 numeral 4.

de un gravamen[5], creándose de esta forma una regla general según la cual todo tributo requiere de un criterio jurídico previo expedido ya sea por el Congreso, las asambleas o los Concejos[6].

3.1.2 De la exención o estimulo tributario

Según la jurisprudencia, las exenciones tributarias son situaciones que en principio fueron objeto de gravamen pero que son sustraídas del pago *total o parcial* de la obligación por razones de política fiscal, social o ambiental, así se ha definido:

> *"Concretamente, a través de las exenciones tributarias, el legislador impide el nacimiento de la obligación tributaria en relación con determinados sujetos o disminuye la cuantía de la misma, por consideraciones de política fiscal. Así, si bien en principio, respecto del contribuyente, se concreta el hecho generador del tributo, éste se excluye de forma anticipada de la obligación tributaria, por disposición legal[7], mediante una técnica de desgravación que le permite al legislador ajustar la carga tributaria, de manera que consulte los atributos concretos del sujeto gravado o de la actividad sobre la que recae la obligación tributaria, siempre con sujeción a criterios razonables y de equidad fiscal[8]."*

Del mismo modo se ha dicho que las exenciones son estímulos de orden fiscal, que buscan cumplir los siguientes propósitos: i) recuperación y desarrollo de áreas geográficas gravemente deprimidas en razón de desastres naturales o provocados por el hombre; ii) fortalecimiento patrimonial de empresas o entidades que ofrecen bienes o servicios de gran sensibilidad social; iii) incremento de la inversión en sectores altamente vinculados a la generación de empleo masivo, iv) protección de determinados ingresos laborales, v) protección a los cometidos de

[5] C 602/2015
[6] C-891/2012
[7] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2001.
[8] C-748 de 2009.

la seguridad social; 6) en general, una mejor redistribución de la renta global que ofrece el balance económico del país[9].

Tales beneficios tributarios se han catalogado como taxativos, limitados, personales e intransferibles, teniendo en cuenta que se dirigen en favor únicamente de los sujetos pasivos que se subsumen dentro de los supuestos reglamentados; considerándose igualmente que al hacer parte de las manifestaciones de la política fiscal también están cobijadas por los principios de legalidad y certeza[10]. De allí que los elementos principales de cualquier clase de exención tienen que estar definidos previamente por el legislador, las asambleas o los concejos, en los términos de los artículos 150, de la Constitución Política; y cumplir con unos límites o restricciones como la generalidad, la homogeneidad, la equidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la igualdad y la progresividad[11].

3.1.3 Del impuesto al espectáculo público

El artículo 1 de la Ley 12 de 1932 estableció un impuesto del 10% sobre el valor de cada boleta o entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase así:

> *"1. Un impuesto del diez por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase, y por cada boleta o tiquete de apuesta en toda clase de juegos permitidos, o de cualquier otro sistema de repartición de sorteos".*

De lo anterior se colige que el impuesto de espectáculos públicos de cualquier clase tiene como hecho generador la boleta de entrada personal, que permite el ingreso al espectáculo, o el tiquete de apuestas en toda clase de juegos permitidos, con lo cual se estableció el gravamen del 10% tanto para los juegos permitidos como para cualquier otro sistema de sorteos.

---

[9] Corte Constitucional, Sentencia C-1107 de 2001.
[10] C-602/2015
[11] C-709 de 1999.

En relación con el recaudo de dicho impuesto, tenemos que el Decreto 1558 de 1932 señaló:

> *"El impuesto sobre las boletas o tiquetes de apuestas, quinielas o remates que se lleven a cabo en los juegos permitidos (....), se hará efectivo sobre las planillas de movimientos de boletas o tiquetes empleados en ellas. Para tal efecto, todo individuo o entidad que quiera llevar a cabo cualquiera de tales actividades, deberá presentar a la oficina recaudadora respectiva las boletas y tiquetes que vayan a emplearse en cada ocasión, con el talonario correspondiente y numeradas en serie continua, con el objeto de que sean selladas y registradas en un libro especial (...) -artículo 20-. Si efectuada la apuesta, quiniela o remate, no se hubieren vendido todas las boletas o tiquetes, estos deberán exhibirse con la respectiva planilla, con el objeto de que se liquide el impuesto sobre lo efectivamente vendido".*

Luego se profirió la Ley 41 de 1933, que determinó que los juegos permitidos que reportan ganancias, *"que se verifiquen por sistemas diferentes de boletas o quinielas, pagarán el impuesto fijado en el artículo 7o. Inciso 1o., de la Ley 12 de 1932".*

Igualmente debe aclararse que si bien este impuesto fue concebido inicialmente con carácter temporal y extraordinario, se convirtió en permanente, en virtud de lo dispuesto en la Ley 69 de 1946 que consagró en su artículo 12:

> *"Restablécese el impuesto del diez por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta o tiquete de apuestas en toda clase de juegos permitidos a que se refiere el ordinal 1o. del artículo 7 de la ley 12 de 1932".*

Con la expedición de la Ley 33 de 1968, el impuesto de espectáculos públicos fue cedido a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá. Allí se indicó que *"a partir del 1o. De enero de 1969, serán propiedad exclusiva de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá, el impuesto sobre billetes, tiquetes y boletas de rifas y apuestas, y premios de las mismas, a que se refieren las leyes 12 de 1932 y 69 de 1946, y demás disposiciones complementarias".*

Posteriormente se dictó el Decreto 057 de 1969, a través del cual se reglamentó la cesión del mentado impuesto aduciendo:

> *"Artículo 6o. A partir del 1o. de febrero de 1969 corresponde al Distrito Especial de Bogotá y a los municipios, la administración, recaudo y control de los impuestos nacionales que fueron declarados de propiedad exclusiva suya, de conformidad con el artículo 3o. de la Ley 33 de 1968".*
>
> *"Artículo 7o. El Distrito Especial de Bogotá y los municipios que se beneficiarán con la cesión de los impuestos aludidos organizarán su administración y recaudo en tal forma que las tarifas sean las mismas actuales y que los procedimientos para percibirlos se ciñan a las leyes y decretos que los crearon y reglamenten".*
>
> *En consecuencia, al efectuar los recaudos por conducto de la Tesorería Distrital y de las Municipalidades, deberán observarse los sistemas establecidos así:*
>
> *"c) La liquidación, recaudo y control del impuesto del 10% sobre el valor de boletas de rifas de que tratan las leyes 12 de 1932 y 69 de 1946, se harán en la forma y términos previstos por el decreto 1558 de 1932, pero su pago se efectuará en las Tesorerías Distritales o Municipales" (negrillas y subrayas fuera de texto).*

El Código de Régimen Político y Municipal, reiteró -*Decreto 1333 de 1986*-, en relación con el impuesto de espectáculos públicos:

> *"Artículo 227. De conformidad con la ley 69 de 1946, está vigente el impuesto del diez por ciento (10%) del valor de cada boleta o tiquete de apuestas en toda clase de juegos permitidos a que se refiere el ordinal 1o. del artículo 7o. de la Ley 12 de 1932.*
>
> *Artículo 228. Son propiedad exclusiva de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá los impuestos sobre billetes, tiquetes y boletas de rifas y apuestas, y premios de las mismas, a que se refieren las leyes 12 de 1932 y 69 de 1946 y demás disposiciones complementarias.*
>
> *Los Municipios y el Distrito Especial procederán a organizar y asumir oportunamente la administración y recaudo de los impuestos a que se refiere este artículo, con las tarifas y sobre las bases normativas en vigencia".*

3.2 Caso concreto

En los términos de la apelación debe examinarse si las actividades que desarrolló la Asociación de Amigos de la Plaza de Toros de Duitama-*DUITAURINA* durante los días 5, 6 y 7 de enero de 2013 se encuentran sujetas al impuesto de espectáculos públicos previsto en la Ley 12 de 1932, o si por el contrario se encuentra exenta del mismo en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo Municipal 020 del 2 de octubre de 2003.

Al respecto debe tenerse en cuenta que dentro del proceso quedó acreditado que entre el municipio de Duitama y la Asociación de Amigos de la Plaza de Toros César Rincón de Duitama- *DUITAURINA*- se suscribió el 2 de diciembre de 2002 un contrato de comodato por el termino de 5 años, en el que se dispuso: *"...3. Que conforme al artículo 38 de la Ley 9ª de 1989 es viable suscribir comodatos con personar jurídicas sin ánimo de lucro que no repartan utilidades entre sus asociados. 4. Que la Asociación Amigos de la Plaza de Toros Cesar Rincón es una entidad sin ánimo de lucro debidamente inscrita... 5. Que dentro de los objetivos principales de dicha asociación entre otros, está el de mejorar, proteger, embellecer y tratar de conservar la infraestructura de la plaza, organizar y desarrollar eventos para conseguir recursos para la reinversión y conservación de la plaza. 6 Que la Asociación de Amigos de la Plaza de Toros... presentó propuesta a la Administración Municipal para que se le entregue en comodato por cinco (5) años la Plaza de Toros con el fin de adelantar eventos taurinos, culturales, artísticos, deportivos y recreativos de sano esparcimiento, cuyos recursos serán reinvertidos en el mejoramientos, reposición y expansión de la infraestructura de la plaza. 6. Que mediante acuerdo 031 de fecha 23 de octubre de 2002, el Concejo Municipal autorizó al ALCALDE MUNICIPAL DE DUITAMA para que mediante contrato, el municipio entregue en calidad de comodato la Plaza de Toros Cesar Rincón y el lote donde está ubicada, a la entidad sin ánimo de lucro "Asociación de Amigos de la Plaza de Toros Cesar Rincón de Duitama..." (fls. 7-20)*

Que el Concejo Municipal de Duitama mediante Acurdo Municipal 031 del 23 de octubre de 2002 dispuso: *"artículo primero: Autorizase al Alcalde Municipal de Duitama por el termino de treinta (30) días hábiles contados a partir*

de la sanción y publicación del presente Acuerdo para que mediante contrato, el municipio entregue a título de comodato la Plaza de Toros Cesar Rincón..."

Que posteriormente se expidió el Acuerdo 020 del 2 de octubre de 2003 por medio del cual se modificó el Acuerdo 031 de 2002, disponiendo para el efecto: *"Artículo primero: Derogar en su totalidad el parágrafo primero del artículo cuarto del Acuerdo No. 031 del 23 de octubre de 2002. Artículo Segundo: Exonerar todo lo correspondiente a impuestos municipales y en especial el que trata el artículo 123 del Acuerdo Municipal 001 del 5 de enero de 1996, a la ASOCIACION AMIGOS DE LA PLAZA DE TOROS "CESAR RINCON", de todos los eventos que realice en la Plaza de Toros CESAR RINCON de Duitama. Artículo Tercero: La exención de que trata el artículo anterior será por el mismo término que dure el contrato de comodato celebrado entre el Municipio y la Asociación de Amigos de la Plaza de Toros Cesar Rincón. Artículo Cuarto: Todos los demás eventos que se realicen en la Plaza de Toros "Cesar Rincón" y que se consideren espectáculos públicos según lo establecido en el Estatuto Tributario y no sea (sic) organizados por la Asociación de Amigos de la Plaza deberán cancelar impuesto de espectáculos públicos de carácter municipal. Artículo Quinto: Para la aplicación del artículo cuarto del presente Acuerdo se tendrán en cuenta las exenciones establecidas en el artículo 132 del Acuerdo Municipal 001 del 5 de enero de 1996..." (fls. 5-6)*

Dicho lo anterior, reitera la Sala que el marco normativo de esta clase de tributo se encuentra en las Leyes 12 de 1932[12], 69 de 1946[13] y 33 de 1968[14], y en el Decreto Extraordinario 1333 de 1986[15]. Aunado a lo anterior debemos tener en cuenta que el Decreto municipal 041 de 2008, estableció[16] como hecho generador del impuesto, la realización de toda clase de espectáculos públicos tales como las Exhibiciones cinematográficos, Las riñas de gallos, las corridas de toros, las ferias exposiciones, las ciudades de hierro y atracciones mecánicas, los circos

[12] Artículo 7
[13] Artículo 12
[14] Artículo 3
[15] Artículo s 227 y 228
[16] "Por medio del cual se establece el Estatuto Tributario de Duitama"

con animales, las carreras y concursos de carros, Los desfiles de modas, las presentaciones de eventos deportivos, de recreación y demás espectáculos que se realicen en la jurisdicción del Municipio de Duitama donde se cobre la entrada.[17]

Igualmente se tiene que el artículo 223[18] ejusdem señaló que por impuesto de espectáculos públicos se entiende el tributo a los actos de esa clase realizados en el Municipio de Duitama, entendidos como tales las exhibiciones cinematográficos, las riñas de gallos, las corridas de toros, las ferias exposiciones, las ciudades de hierro y atracciones mecánicas, los circos con animales, las carreras y concursos de carros, los desfiles de modas, reinados, las presentaciones de eventos deportivos y de recreación donde se cobre la entrada. Y en relación con los eventos que constituyen espectáculos públicos enlistó los siguientes[19]: i)las exhibiciones cinematográficas, ii) las riñas de gallos, iii) las corridas de toros, iv) las ferias exposiciones, v) Las ciudades de hierro y atracciones mecánicas, vi) los circos con animales, vii) las carreras y concursos de carros, viii) las corralejas, ix) los desfiles de modas, x) las presentaciones de eventos deportivos y de recreación donde se cobre la entrada.

Asimismo determinó como sujeto activo[20] al Municipio de Duitama y como sujeto pasivo[21] toda persona natural *que asiste a un espectáculo público* que no constituyen artes escénicas, pero el *responsable es la persona natural, jurídica o sociedades de hecho que realicen alguna de las actividades enunciadas como espectáculos públicos* que no constituyen artes escénicas, de manera permnanente u ocasional, en la jurisdicción del Municipio de Duitama, el cuál debe responder por el recaudo y pago del Impuesto oportunamente a la Tesorería Municipal.[22]

[17] Artículo 224, Modificado Art.40 Acuerdo 040/2012.
[18] Modificado Art.43 Acuerdo 040/2012
[19] Artículo 225.- clases de espectáculos.-Modificado Art.45 Acuerdo 040/2012
[20] Artículo 229. modificado art.47 acuerdo 040/201.
[21] Artículo 230Modificado Art.48 Acuerdo 040/2012.
[22] Folio 23, medio magnético

Descendiendo al caso concreto, encontramos que la Asociación Amigos de la Plaza de Toros de Duitama-DUITAURINA- es una entidad sin ánimo de lucro, constituida el 16 de julio del año 2002, con diversos objetivos entre los cuales se encuentra *"1. Mejorar, proteger, embellecer y buscar la conservación y protección de la infraestructura de la Plaza de Toros de la ciudad de Duitama, mediante la difusión y presentación de espectáculos de sana diversión, taurinas, cultural, deportiva, de esparcimiento y turística, para la comunidad en general..."*[23]

Que para los días 5, 6 y 7 de enero del año 2013, dicha Asociación realizó una serie de espectáculos públicos en la Plaza de Toros "Cesar Rincón" de Duitama, en el marco de la temporada taurina 2013; teniendo en cuenta lo anterior la Secretaría de Hacienda Municipal procedió a la apertura del proceso respectivo, imponiendo como consecuencia de ello sanción en contra de la entidad por no declarar el impuesto de espectáculos públicos, mediante resoluciones 2803-2013 y 2804-2013 del 17 de diciembre de 2013. (fls.25 a 29)

Como defensa, la entidad demandante alega que no debe declarar el impuesto de espectáculos públicos por cuanto se encuentra exenta del mismo en virtud de lo ordenado en el acuerdo municipal 020 del 2 de octubre de 2002, el cual en su artículo segundo dispuso: " *: Exonerar todo lo correspondiente a impuestos municipales y en especial el que trata el artículo 123 del Acuerdo Municipal 001 del 5 de enero de 1996, a la ASOCIACION AMIGOS DE LA PLAZA DE TOROS "CESAR RINCON", de todos los eventos que realice en la Plaza de Toros CESAR RINCON de Duitama..."*

De lo anterior encuentra la sala que si bien en dicho Acuerdo se concedió una exención tributaria a la demandante, es necesario recordar que tales

[23] 202-203, anexo 2.

beneficios tributarios son taxativos, limitados, personales e intransferibles, pues se dirigen en favor únicamente de los *sujetos pasivos* que se subsumen dentro de los supuestos reglamentados; por tanto debe reunir los elementos esenciales para que sea procedente su aplicación.

Así, en el caso sub -examen encontramos que si bien a la Asociación Amigos de la Plaza de Toros le fue concedida una exención tributaria por mandato del Acuerdo Municipal 020 de 2003, la misma no encaja dentro de los supuestos reglados por la norma para que proceda, pues como se anotó en líneas anteriores, como *sujeto pasivo*[24] del impuesto de espectáculo público fue determinada toda *persona natural que asiste a un espectáculo público*, y como *responsable la persona natural, jurídica o sociedades de hecho que realicen alguna de las actividades enunciadas como espectáculos públicos*, en la jurisdicción del Municipio de Duitama, quien deberá forzosamente cumplir con su obligación tributaria declarando y pagando el respectivo impuesto. De esta forma considera la Sala que los argumentos del recurrente no desvirtúan la legalidad de los actos acusados, pues claramente le asiste el deber tributario de declarar el impuesto de espectáculos públicos por la actividad realizada los días 5,6 y 7 de enero de 2013, pues la exención tributaria señalada por el Acuerdo 020 de 2003, debe aplicarse en forma armónica con el Acuerdo 041 de 2008[25], en donde señala en forma clara quien es el sujeto pasivo de dicho tributo, y como quiera que dicho sujeto no es DUITAURINA, le asiste el deber legal de declarar el impuesto aludido.

De esta forma debe quedar claro que el ejercicio de la potestad impositiva no se agota con la creación o concesión de beneficios tributarios sino que los mismos deben cumplir con los requisitos dispuestos para tal fin; de ahí que en el presente caso se considere insuficiente la exención dispuesta

[24] Acuerdo 041 de 2008.
[25] Opera desde el momento en que entró en vigencia.

por el Acuerdo 020 de 2003, pues no puede aplicarse a la entidad demandada por no ser el sujeto pasivo de dicho impuesto, sino el responsable directo del pago del tributo, debiendo cumplir con el deber tributario a que alude el articulo 95 superior, presentando para el efecto las declaraciones tributarias a su cargo.

De acuerdo con lo anterior, la actora estaba obligada a declarar el impuesto de espectáculos públicos por el periodo gravable 2013, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

De otra parte y en virtud del memorial obrante a folio 310 se aceptará la renuncia de poder presentada por la abogada JENNY CONSTANZA CRUZ SANCHEZ para actuar como apoderada del Municipio de Duitama y se reconocerá a NANCY HELENA LÓPEZ CARVAJAL como nueva apoderada del ente territorial demandado en los términos y para los efectos de poder conferido obrante a folio 315.

Por último, la Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la parte recurrente, en virtud a que no prosperó el recurso de apelación[26], ello en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia la liquidación de las costas y de las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P. Teniendo en cuenta que la parte demandada ejerció actuaciones procesales en segunda instancia se fijan como agencias en derecho a cargo de la parte vencida, la suma de $1.474.741 que corresponde al (3%) de las

---

"**Artículo 365. *Condena en costas.*** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código..."

pretensiones de la demanda ($49.158.050 fl. 78), ello, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, la liquidación de las costas y de las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia de 28 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en la que se denegaron las pretensiones de la demanda.

Segundo: Condenar en costas en esta instancia a la parte actora. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, la liquidación de las costas de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P

Tercero: Se fijan como agencias en derecho a cargo de la parte vencida, la suma de $1.474.741 que corresponde al 3% de las pretensiones de la demanda ($49.158.050 fl. 78),

Cuarto: Aceptar la renuncia de poder presentada por la abogada JENNY CONSTANZA CRUZ SANCHEZ, portadora de la T.P No. 155.164 del C.S de la J para actuar como apoderada del Municipio de Duitama.

Quinto: Reconocer a la abogada NANCY HELENA LÓPEZ CARVAJAL, portadora de la T.P No. 185320 del C. S de la J como apoderada del

Municipio de Duitama en los términos para los efectos del poder obrante a folio 315.

Sexto: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

LUÍS ERNESTO ARCINIÉGAS TRIANA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
DESPACHO No. 4
MAGISTRADO: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 DIC 2017.

MEDIO DE CONTROL: EJECUTIVO
DEMANDANTE: GENARO BAEZ
DEMANDADO: UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
RADICACIÓN: 15238333375220150015 8-01

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda respecto a la admisión del recurso de apelación interpuesto por las apoderadas judiciales de la parte ejecutante y ejecutada, en contra la sentencia[1] proferida el 27 de Julio de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se declaró no probada la excepción de pago y se ordenó seguir adelante con la ejecución (fl. 204).

Por reunir los requisitos de procedencia y oportunidad previstos en los artículos 321[2] y 322 del CGP[3], aplicables a los procesos ejecutivos que se adelantan en esta jurisdicción en razón a la remisión contenida en el artículo 306 del C.P.A.C.A., el Despacho No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

---

[1] "ARTÍCULO 443. TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES. El trámite de excepciones se sujetará a las siguientes reglas: (...)
4. Si las excepciones no prosperan o prosperan parcialmente, **en la sentencia se ordenará seguir adelante la ejecución en la forma que corresponda.** " (Negrilla fuera de texto).

[2] **"ARTÍCULO 321. PROCEDENCIA.** Son apelables las sentencias de primera **instancia** salvo las que se dicten en equidad. (...) "

[3] "ARTÍCULO 322. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

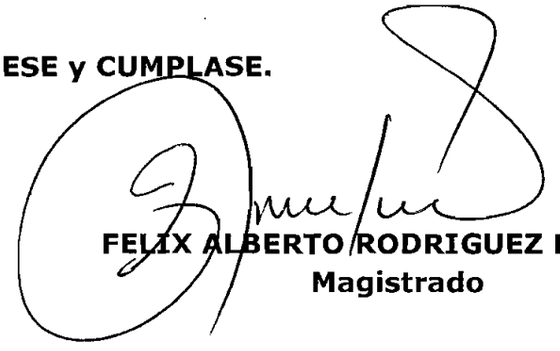
1. El recurso de apelación contra cualquier providencia **que se emita en el curso de una audiencia** o diligencia, **deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada.** El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos. (...) " (Negrilla fuera de texto)

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto la parte ejecutante y ejecutada, contra la sentencia proferida el 27 de Julio de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se declaró se declaró no probada la excepción de pago y se ordenó seguir adelante con la ejecución.

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente la presente providencia al Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, de conformidad con lo previsto en el numeral 3º del Art. 198 del C.P.A.C.A.[4]

NOTIFIQUESE y CUMPLASE.



FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

[4] **ARTÍCULO 198.** ***PROCEDENCIA DE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL.*** Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. **Al Ministerio Público el auto admisorio de la demanda, salvo que intervenga como demandante. Igualmente, se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado.**
4. Las demás para las cuales este Código ordene expresamente la notificación personal.

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho N° 5

Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja,

Demandante *: **EBSA S.A. E.S.P.***
Demandado *: Municipio de Nobsa*
Expediente *: 15001-2333-000-2017-00962-00*
Medio de Control: *Nulidad y Restablecimiento del Derecho*

La demanda de la referencia, presentada por la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., en adelante EBSA, contra el Municipio de Nobsa, ***se inadmitirá*** *por la siguiente razón:*

Las pretensiones no están formuladas con precisión-ausencia de individualización

El numeral 2° del artículo 162 del CPACA, establece que toda demanda deberá contener lo que se pretenda expresado con precisión y claridad.

Además, cuando se pida la nulidad de un acto administrativo, éste debe individualizarse con toda precisión, según lo ordena el primer inciso del artículo 163 del CPACA.

Así entonces, el actor tiene la carga de formular la petitum de forma separada e indicando con exactitud lo que pretende, de forma tal que el Juzgador pueda adoptar una decisión de fondo, evitando así un fallo inhibitorio.

En el sub-lite, la demandante solicitó la nulidad de la "Resolución N° 2016-009 del 4 de mayo de 2017, por medio de la cual la Secretaría de Hacienda de Nobsa, Boyacá, expidió Liquidación Oficial de Revisión en relación con la declaración del impuesto de industria y comercio correspondiente al año gravable 2014 presentada por la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P." (fl. 3).

No obstante, al revisar los anexos de la demanda, encuentra el Despacho que el acto administrativo de liquidación oficial de revisión es la Resolución N° 2017-009 (fl. 27 a 32) y no la Resolución N° 2016-009.

En efecto, el demandante, identificará la decisión demandada para poder fijar el litigio de una forma correcta en la audiencia inicial.

De conformidad con el artículo 170 del CPACA la demanda se inadmitirá para que sea corregida tal como lo ordena esta providencia.

Por último, Roosevelt Mesa Martínez, en calidad de representante legal de la demandante, de acuerdo con el certificado de existencia y representación que obra a folios 22 a 26, otorgó poder especial a Álvaro Andrés Díaz Palacios, Carolina Bobillier Ceballos, Juan Manuel González Torres y Juan Sebastián Bustillo Martínez (fl. 21).

Este Despacho les reconocerá personerla para actuar en los términos del artículo 75 del CGP, bajo la advertencia que en ningún caso podrán actuar de forma simultánea en este proceso.

Por lo expuesto, se RESUELVE:

1. ***Inadmitir*** *la demanda presentada en ejercicio del medio de* ***nulidad y restablecimiento del derecho****, por la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. contra el Municipio de Nobsa.*

2. *Se conceden diez (10) días a la parte demandante para que corrija los defectos anotados en esta providencia so pena de rechazo, conforme al artículo 170 del CPACA.*

3. *Se reconoce personería para actuar a Álvaro Andrés Díaz Palacios, Carolina Bobillier Ceballos, Juan Manuel González Torres y Juan Sebastián Bustillo Martínez como apoderados de la* ***parte demandante*** *conforme al poder obrante a folio 21.*

   Se advierte a los profesionales del derecho 75 del CGP, ***en ningún caso podrán actuar simultáneamente en este proceso.***

4. *Notifíquese este auto en los términos del artículo 201 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
MAGISTRADA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
CONSTANCIA DE NOTIFICACION POR ESTADO ELECTRONICO

El auto que antecede, de fecha _____ de _____, se notificó por Estado Electrónico Nro ____ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, hoy _____ siendo las 8.00 A.M

Claudia Lucia Rincón Arango
Secretaria

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho N° 5

Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja,

Demandante *: UCPP*
Demandado *: María Lourdes Fagua Jiménez*
Expediente *: 15001-2333-000-**2017-00963-00***
Medio de Control: *Nulidad y Restablecimiento del Derecho*

La demanda de la referencia, presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP, contra María Lourdes Fagua Jiménez, ***se inadmitirá*** *por las siguientes razones:*

1. Poder para actuar

El artículo 160 del CPACA prevé que quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por medio de apoderado, que se designará de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 74 y siguientes del CGP.

Así, deberá acompañarse con la demanda el poder debidamente otorgado en el que se faculte al abogado para actuar en el proceso y delimite su campo de acción, su ausencia genera una nulidad del trámite (art. 133 N° 4 ibídem).

Mediante Escritura Pública N° 565 de la Notaría 40 de Bogotá D.C., Alejandra Ignacia Avella Peña, en su condición de Directora Jurídica y apoderada judicial de la UGPP conforme a Escritura Pública N° 2425 de 20 de junio de 2013, otorgó poder general a la profesional del derecho Ligia Esther Castillo Cárdenas para que ejerza la representación judicial de la entidad (fl. 28 a 29).

No obstante, por Escritura Pública N° 722 de 17 de junio de 2015 de la Notaría 10° del Círculo de Bogotá D.C., se declaró revocado y sin efecto legal alguno el poder otorgado a Alejandra Ignacia Avella Peña mediante la Escritura Pública N° 2425 de 2013 (fl. 40 a 41).

Por ello, resulta necesario, el certificado de vigencia del poder general otorgado mediante Escritura Pública Nº 565 de la Notaría 40 de Bogotá D.C., el cual se echa de menos, y que se allegará en el término de corrección de la demanda.

2. Los hechos no están debidamente determinados y clasificados.

El artículo 162 ibídem, en el numeral 3º, precisa que los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, deben estar debidamente determinados, clasificados y numerados.

El propósito de esta exigencia en cuanto a la enunciación de los hechos que sustentan su pretensión con precisión, orden y claridad, tiene como correspondencia la exigencia al demandado que éste, también exponga su posición sobre los hechos narrados por la actora, debiendo precisar, a su turno, enumeradamente en cuáles da su conformidad y en cuales no; lo cual asegura a cabalidad el derecho de contradicción y de defensa del demandado y posibilita adicionalmente al operador judicial, la fijación del litigio al cual se refiere el numeral 7º del artículo 180 del CPACA.

El concepto de ***hecho*** *derivado.del latín factus, corresponde a* ***aquello que ocurre,*** *las acciones, la obra o la cuestión relacionada con el objeto del litigio, pero que no se identifica con los fundamentos de derecho o con inferencias inductivas o deductivas del demandante. De manera que es indispensable para la determinación del asunto debatido, que la parte actora, de manera precisa y clara, manifieste las circunstancias de tiempo, modo y lugar que serán objeto de la prueba o del acuerdo entre las partes.*

Así, en los términos del artículo 103 del CPACA, quien acude a la jurisdicción contencioso administrativo tiene el deber constitucional de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, y en este sentido, exponer de forma diáfana y sin lugar a divagaciones, los hechos que originaron el litigio.

Examinada la demanda, se encuentra que la parte actora, incurrió en la imprecisión de incluir en el numeral décimo segundo de los hechos un fundamento que corresponde al concepto de violación (fl. 7).

Este defecto será corregido por la parte demandante, sin perjuicio que incluya el concepto en el acápite pertinente, si a bien lo tiene.

De conformidad con el artículo 170 del CPACA la demanda se inadmitirá para que sea corregida tal como lo ordena esta providencia.

Por lo expuesto, se RESUELVE:

1. ***Inadmitir** la demanda presentada en ejercicio del medio de **nulidad y restablecimiento del derecho** por la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP** contra María Lurdes Fagua Jiménez.*

2. *Se conceden diez (10) días a la parte demandante para que corrija los defectos anotados en esta providencia so pena de rechazo, conforme al artículo 170 del CPACA.*

3. *Notifíquese este auto en los términos del artículo 201 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
MAGISTRADA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
CONSTANCIA DE NOTIFICACION POR ESTADO ELECTRONICO

El auto que antecede, de fecha _____ de_____, se notificó por Estado Electrónico Nro. _____ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, hoy _____ siendo las 8.00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria