



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 18 ENE. 2018

DEMANDANTE:	HENRY GERMAN VELOZA
DEMANDADO:	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
REFERENCIA:	150012331000-2005-02688-01
ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA

Ingresa el expediente al Despacho con informe secretarial, para acatar lo ordenado por el Honorable Consejo de Estado, en providencia de fecha 3 de agosto de 2017 (fls. 728-735), mediante la cual se confirmó la sentencia de 15 de octubre de 2013, proferida por la Sala de Decisión No. 1 de esta Corporación.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: Obedézcase y Cúmplase lo resuelto por el Honorable Consejo de Estado, mediante providencia de fecha 3 de agosto de 2017 (fls. 728-735), mediante la cual se confirmó la sentencia de 15 de octubre de 2013, proferida por la Sala de Decisión No. 1 de esta Corporación.

SEGUNDO: En firme esta providencia archívese el expediente, dejándose las constancias y anotaciones a que haya lugar.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO	
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO	
N ° 10	De Hoy 18 ENE 2018 A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA	



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **23** ENE. 2018

DEMANDANTE:	ROSALBA DUARTE LEAL
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
REFERENCIA:	15001-23-33-000- 2015-00495-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIÓN GRACIA
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. A N T E C E D E N T E S

1. D E M A N D A

La señora ROSALBA DUARTE LEAL, 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 el reconocimiento y pago de la pensión gracia de la actora.

1.1. D E C L A R A C I O N E S Y C O N D E N A S (fls. 3-4)

Solicitó se declare la nulidad de la **Resolución RDP 3002 DEL 30 de septiembre de 2014**, expedida por la UGPP, por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago de la pensión gracia de la demandante. Así mismo, solicitó se declare la nulidad de la **Resolución RDP 034432 de 11 de noviembre de 2014**, expedida por la demandada, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución 30002 de 30 de septiembre de 2014; Solicitó también declarar la nulidad de la **Resolución RDP 036515 de 28 de noviembre de 2014**, 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 la señora ROSALBA DUARTE LEAL, tiene derecho a que la UGPP, le reconozca y pague la pensión gracia, a partir del día que cumplió el status, en cuantía del 75% del salario, con la totalidad de los factores salariales, devengados durante el último año de servicio.

Solicitó que se condene a la demandada: **i)** a pagar el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de Ley, desde la fecha de la adquisición del status de pensionada; **ii)** a que sobre las sumas adeudadas a la actora, se incorporen los ajustes de valor, conforme al IPC, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A.; **iii)** a que reconozca y pague los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; **iv)** al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a la actora, conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.; **v)** a que dé cumplimiento a la sentencia, conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A. y **vi)** que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (fls. 4-5)

El apoderado de la parte demandante, adujo que la señora ROSALBA DUARTE LEAL, nació el 15 de enero de 1962, y que cumplió los 50 años de edad, el 15 de enero de 2012.

Señaló que estuvo vinculada al magisterio desde el 1º de enero de 1977 al 31 de mayo de 1990, como docente con vinculación municipal, y que posteriormente, se vinculó como docente nombrada en propiedad con vinculación nacionalizada, desde el 19 de junio de 1990 a la fecha de presentación de la demanda.

Adujo que el 27 de junio de 2014, bajo el radicado No. SOP 201400035355, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión gracia, de conformidad con la Ley 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933. Y que mediante Resolución RDP 0300002 de 30 de septiembre de 2014, la demandada negó la solicitud de pensión gracia.

Manifestó que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión, y que mediante Resolución RDP 034432 de 11 de

noviembre de 2014, se resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión, y que mediante Resolución RDP 036515 de 28 de noviembre de 2014, se resolvió el recurso de apelación, de igual forma, confirmándola.

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

Constitucionales: artículo 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política de Colombia.

Legales: Ley 114 de 1913, artículo 1, 3, 4; Ley 116 de 1928, artículo 6; artículo 3 Decreto 081 de 1976; Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 3, Ley 91 de 1989, artículo 15.

Luego de manifestar las normas que considera violadas, alegó la falsa motivación del acto acusado, señalando que la entidad demandada, injusta e ilegalmente, desestimó el tiempo de servicios prestados por la demandante, aduciendo que la vinculación en propiedad a partir de 1990, de la docente es de carácter nacional. Y resaltó que la demandante si cumplió con la totalidad de los requisitos y ha estado vinculada “de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad, con la pensión ordinaria de jubilación aun en el evento de estar está a cargo total o parcial de la nación. En tal sentido adujo que no existe fundamento para negar la pensión gracia a la actora.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 02 de julio de 2015 (fl. 54) correspondiéndole por reparto al Tribunal Administrativo de Boyacá. Mediante auto de 28 de julio de 2015, esta Corporación resolvió admitir la demanda. (fl. 56-57). La demanda se contestó dentro del término legal (fl. 71- 79) la demandada presento escrito de excepciones (fls. 133-134).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP (fls. 132-145)

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

En primer lugar, adujo que se opone a todas y cada una de las pretensiones perseguidas por la demandante. De otro lado, frente a los

hechos, adujo que algunos son ciertos, algunos no lo son, y otros que no son hechos.

Como fundamentos de derecho, realizó un recuento legal y jurisprudencial, sobre el derecho a la pensión gracia, del cual concluyó que la Ley es enfática en exigir el cumplimiento de todos los requisitos para reconocer las pensiones de este tipo.

Adujo que luego de analizar los medios probatorios, la parte actora de forma precaria probó los 20 años de servicio, argumento que motiva la negativa, desconociendo así la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el entendido que los certificados que se expidan para acreditar los requisitos legales exigidos por la norma para el reconocimiento de la prestación social, deben ser precisos y contener datos fundamentales que reflejen la realidad de la vinculación y desarrollo de la función docente, pues la información incompleta que se consigne puede conducir a decisiones contrarias.

Agregó que la certificación laboral resulta incompleta, no pudiendo analizar con claridad el tiempo de servicios, en consecuencia, no reuniendo los requisitos exigidos, pues estas únicamente establecen fechas de nombramiento, no determina la autoridad que efectuó la vinculación concluyendo que ante la falta de acreditación de la vinculación legal y reglamentaria, no debe accederse a las pretensiones de la demanda.

Adujo que la vinculación al parecer a través de los contratos de prestación de servicios con los que se pretende demostrar haber logrado antes del 30 de noviembre de 1989, no debe ser tenidos en cuenta, toda vez que no generan vinculación directa para con la entidad por lo cual no se puede establecer el régimen prestacional con el cual se vinculó en desempeño de sus funciones como docente, es decir, que no se trató de una vinculación legal y reglamentaria.

Manifestó que los tiempos de servicio prestados por la demandante a partir del 19 de junio de 1990 en adelante es de carácter nacional, pues en el certificado de información laboral de fecha 26 de septiembre de 2013, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Boyacá, en el que se indica que la docente labora desde el 19 de junio de 1990, con tipo de vinculación nacional.

Concluyó que los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, tal y como sucede en el caso particular, se considera de orden nacional, motivo por el cual no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 114 de 1913 y en consecuencia se niega el reconocimiento de la pensión gracia, al no ser viable contabilizar los tiempos de servicio con vinculaciones posteriores al 1º de enero de 1990 y las anteriores suman menos de 20 años de servicios.

Añadió que si sus salarios fueron financiados con recursos del Situado Fiscal, hoy sistema general de participaciones, incumplió con los requisitos exigidos por las normas vigentes para acceder a la pensión gracia, razón por la cual no tendría derecho a ella, ostentando en ese caso la calidad de docente nacional.

Finalmente mediante escrito allegado el 05 de noviembre de 2015 (fls. 133-134), el apoderado de la parte demandada, allegó escrito, proponiendo las siguientes excepciones: **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*.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante (fls. 225-227)

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

En primer lugar, adujo que se ratifica en todos los fundamentos de hecho y de derecho esbozados en el escrito de la demanda.

Así mismo señaló, que la entidad demandada no tiene en cuenta el tiempo laborado por la demandante posterior a 1990 sosteniendo equivocadamente que la vinculación era de carácter nacional, adujo que se equivoca la entidad demandada, teniendo en cuenta que de conformidad con los actos administrativos de nombramiento como es el Decreto 17 de 19 de junio de 1990 se establece que este se efectuó como docente en la "Concentración Escolar Rural Nacionalizada De Golondrinas". Así mismo, advirtió que los certificados de salarios expedidos por la Secretaria de educación del Departamento de Boyacá, claramente establecen que el tipo de vinculación que ostenta la señora Rosalba

Duarte Leal, es Nacionalizado no Nacional, como erradamente afirma la demandada.

Finalmente, citó la sentencia de 29 de octubre de 2016 Consejero Ponente William Hernández Gómez.

4.2. Parte demandada

- **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES (fls. 228- 248)**

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

Reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda y adujo que la demandada debe sujetarse a la Ley para la expedición de actos administrativos, sobre todo tratándose del reconocimiento de un derecho prestacional, y agregó que la razón de haber negado el derecho fue precisamente un mandato legal.

Luego de hacer un recuento legal sobre el derecho a la pensión gracia, concluyó que de conformidad con las leyes que la rigen. Han tenido derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, los maestros de enseñanza de primaria oficial, empleados y profesores de escuelas normales e inspectores de instrucción pública y maestros que hubieran completado los servicios en establecimientos de enseñanza secundaria.

Manifestó entonces, que partiendo de tal base normativa, en la cual los docentes vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, cuya vinculación fuera del orden Departamental, Distrital o Municipal o Nacionalizados, y que cumplieran con todos los requisitos establecidos en la Ley, podían acceder a una pensión gracia equivalente a la mitad del salario devengado durante los dos últimos años y sin perjuicio de poder acceder a otro tipo de pensión.

Concluyó que la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión gracia por cuanto su vinculación en el periodo de 19 de junio de 1990 al 1º de enero de 2013, fue como docente de orden nacional, como quiera que los salarios cancelados a la docente fueron con recursos provenientes de la Nación, así mismo, adujo que la demandante tendría un total de servicios de 13 años, en razón a que a partir del 1º de enero de 1990, se unifico el régimen prestacional de los

docentes, ha de entenderse que la vinculación no fue como nacionalizada y que a partir de esa fecha su régimen será igual que de los servidores públicos, siendo merecedores de una sola pensión.

Finalmente solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda y se absuelva de responsabilidad a la entidad demandada.

4.3. 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. PROBLEMA JURÍDICO

En la Audiencia Inicial se plantearon como problema jurídico a resolver, la legalidad de los actos que se pretenden anular, y definir si la actora tiene derecho a que le sea reconocido y pagado por parte de la UGPP, pensión gracia, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su status pensional, teniendo en cuenta como base de liquidación el 75% del salario, con la inclusión de todos los factores salariales devengados, en los términos de la normatividad que cobija esta prestación.

De la interpretación de los argumentos de las partes y la normatividad aplicable al caso, la Sala anuncia la posición que asumirá así:

1.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala:

Se negaran la pretensiones de la demanda porque a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989, (29 de diciembre de 1989), la demandante no había consolidado su derecho por cuanto para dicha fecha contaba con 12 años de servicio y 37 años de edad, por ende, pese a que ingresó a laborar como docente en el municipio de Chiscas el 1º de enero de 1977, antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, tenía una mera expectativa o probabilidad de obtener algún día ese beneficio.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

2.1. Requisitos para el reconocimiento de la pensión gracia

Frente al derecho de los docentes al pago de la pensión gracia, el artículo 1º de la Ley 114 de 1913 dispone que los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, de conformidad con las prescripciones de dicha Ley.

Posteriormente, las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 ordenaron extender la pensión gracia a los empleados y profesores de las escuelas normales, a los inspectores de instrucción pública y a los maestros de secundaria como remedio a la distribución de competencias contenida en la Ley 39 de 1903, dado que allí se estableció que la educación pública primaria estaría a cargo de los Departamentos y Municipios, y la secundaria, a cargo de la Nación, circunstancia que originó una enorme desigualdad en la escala salarial y en los derechos prestacionales entre los docentes de uno y otro orden. No obstante, tal desigualdad fue corregida con la expedición de la Ley 43 de 1975 *"por la cual se nacionaliza la educación primaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones"*, acabando con el antiguo régimen de responsabilidades compartidas en materia de educación entre la Nación y los Departamentos y Municipios.

Los artículos 1º y 10º de la Ley 43 de 1975 previeron lo siguiente:

"(...) Artículo 1º La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley.

Parágrafo. El nombramiento del personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta Ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función. (...)

(...)

Artículo 10. En adelante ningún departamento, Intendencia o

comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán, con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria; ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional. (...) (Negrilla fuera del texto original)

A su vez, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, "por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", derogó la pensión de jubilación gracia, pero contempló un régimen especial a fin de dar efecto ultractivo a la referida prestación a un determinado grupo de docentes. La norma en comento estableció lo siguiente:

"(...) Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado¹ y el que se vincule con posterioridad al 1o. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: (...)

2. Pensiones:

A.- Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos². Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B.- Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados

¹ Según la Ley 91 de 1989, el personal nacional está conformado por aquellos docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional, mientras que el personal nacionalizado lo está por los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y el personal nombrado a partir de esa fecha, previa autorización del Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con lo exigido por la Ley 43 de 1975.

² Sentencia C-489 de 2000 Corte Constitucional: "Declarar exequible la expresión "...vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980..." contenida en el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.

gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 26 de agosto de 1997, expediente No. S-699, con ponencia del Magistrado Nicolás Pájaro Peñaranda, precisó los alcances de la Ley 91 de 1989 en los siguientes términos:

“(...) No es de recibo el argumento que en ocasiones se ha expuesto para sostener que con motivo de la expedición de esta norma, pueda reconocerse la pensión gracia a todos los que prestan sus servicios a la Nación, por ser los maestros a que ella se refiere docentes de carácter nacional. Dos son las razones fundamentales que conducen al rechazo de tal aseveración, así:

a. Como se dijo, la Ley 37 de 1933, examinada en relación con la Ley 116 de 1928 y la Ley 114 de 1913, no introdujo modificación alguna a las exigencias establecidas en estos ordenamientos normativos.

b. No es acertada la afirmación de que los establecimientos oficiales de educación secundaria fuesen nacionales en su totalidad en 1933. Tanto es así que fue con la Ley 43 de 1975 que se inició el proceso de nacionalización tanto de la educación primaria como de la secundaria. Por eso en su encabezamiento se lee: ‘por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías...’ Y en su artículo primero se prescribe hacia el futuro: ‘la educación primaria y secundaria será un servicio público de cargo de la nación’.

Se repite que a partir de 1975, por virtud de la Ley 43, empieza el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales a que se refieren los ordenamientos anteriormente citados (L.114/13; L.116/28,y L.28/33); proceso que culminó en 1980.(...)

Y sobre los beneficiarios de la pensión gracia, sostuvo:

“(...) La disposición transcrita (artículo 15 No. 2, literal A, de la Ley 91 de 1989) se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por habérseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y

que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad 'con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación'; hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera '...otra pensión o recompensa de carácter nacional'.

De lo anterior se desprende que **para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe la posibilidad del reconocimiento de tal pensión**, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la '...pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año', que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B, No. 2, artículo 15 lb.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. **También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 'tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia... siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos'**. Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De las reglas así expuestas, colige la Sala que los requisitos legales para acceder a la pensión de gracia de jubilación, según el artículo 4º de la Ley 114 de 1913, son los siguientes: i) Ser docente del orden territorial; en palabras de la Ley 91 de 1989, **docente nacionalizado o territorial**; ii) Acreditar que el **vínculo laboral con el magisterio (nombramiento y posesión) tenga una fecha igual o anterior al 31 de diciembre de 1980**; iii) Haber cumplido **cincuenta (50) años de edad**, o que se halle en **incapacidad** -por enfermedad u otra causa- de ganar lo necesario para su sostenimiento; iv) Acreditar que ha **servido en el magisterio por un término no menor de 20 años**; v) Acreditar los demás requisitos que enlista el artículo 4º de la Ley 114 de 1913, esto es, la conducción con **honradez y consagración** en el ejercicio de la docencia; **carecer de medios de subsistencia** en armonía con su posición social y costumbres; vi) **no haber recibido ni recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional**³; y (vii) que haya observado **buena conducta**.

³ Esta limitante para acceder a la pensión gracia debe matizarse con lo normado en el

La Corte Constitucional mediante sentencia C-084 de 1999, declaró exequible el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, siendo ponente el Magistrado Doctor Carlos Gaviria Díaz y dispuso que:

*“La circunstancia de que, en ejercicio de esa función el Congreso Nacional haya preceptuado que la “pensión de gracia” creada por la Ley 114 de 1913 para los maestros oficiales de primaria y extendida luego a otros docentes, sólo se conserve como derecho para quienes estaban vinculados al servicio antes del 1º de enero de 1981 y que no se conceda a los vinculados con posterioridad a esa fecha, no implica desconocimiento de ningún “derecho adquirido”, es decir, no afecta situaciones jurídicas ya consolidadas, sino que se limita, simplemente, a disponer que quienes ingresaron a partir de esa fecha, no tendrán posibilidad de adquirir ese derecho, **que constituía una “mera expectativa”** la que, precisamente por serlo, podía, legítimamente, ser suprimida por el legislador, pues a nadie se afecta en un derecho ya radicado en cabeza suya de manera particular y concreta, por una parte; y, por otra, si las situaciones fácticas de quienes ingresaron al magisterio oficial antes y quienes ingresaron después del 1º de enero de 1981 no son las mismas, es claro, entonces, que por ser disímiles no exigen igualdad de trato, y que, las consideraciones sobre la antigüedad de la vinculación laboral que se tuvieron en cuenta por el Congreso Nacional al expedir la normatividad cuya exequibilidad se cuestiona, son razones que legitiman lo dispuesto por los apartes del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, objeto de la acusación.”*

Posteriormente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-489 de 2000 declara la exequibilidad del literal a) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, precisó:

“...No obstante lo anterior, la Corte considera importante hacer claridad en lo siguiente: a los docentes que antes de entrar a regir la ley 91/89 (diciembre 29/89) hubieran

artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues allí se señaló que ella es compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

completado TODOS los requisitos exigidos en el ordenamiento positivo para tener derecho a la pensión de gracia, deberá reconocérseles, pues los derechos adquiridos, por expreso mandato constitucional (art. 58 C.P.), deben ser protegidos y respetados por la ley nueva. De ahí que esta corporación haya reiterado la regla general contenida en el artículo 58 de la Carta, de acuerdo con la cual: una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de una ley anterior. En consecuencia, la expresión que aquí se acusa en estos casos no tendría operancia.

No sucede lo mismo con quienes para esa fecha aún no habían cumplido los requisitos para gozar de tal pensión, pues frente a ellos simplemente existía una mera expectativa o probabilidad de obtener algún día ese beneficio, esto es, cuando cumplieran la condición faltante. Por tanto, bien podía el legislador modificar esas expectativas de derecho, sin vulnerar norma constitucional alguna.

En razón de lo anotado, se procederá a declarar exequible la expresión acusada del literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, siempre y cuando se entienda que **las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia dicha ley, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989**, quedan a salvo de la nueva normatividad por constituir derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer..." (Subrayado fuera de texto)

Y decidió:

"Declarar exequible la expresión "...vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980..." contenida en el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer."

El Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", con ponencia del Consejero, Doctor William Hernández Gómez, el 17 de

noviembre de 2016 en el expediente con Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00051-01(1028-14), al examinar la incidencia de la Sentencia C-489 de 2000 proferida por la Corte Constitucional, concluyó:

“...De lo transcrito se observa que la Corte Constitucional fue clara en indicar que los docentes a los cuales **no se les aplica el ordinal 2.º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁴, son los que hubiesen consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia de la ley (29 de diciembre de 1989)**, caso que no se presentó en el presente asunto, por cuanto la demandante **habría consolidado** su derecho el 23 de febrero de 2011⁵, por ende, pese a que ingresó a laborar como docente en el municipio de Neiva el 22 de febrero de 1985⁶, antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, **tenía una mera expectativa o probabilidad de obtener algún día ese beneficio, consecuentemente, quedó incluida dentro de dicha normativa...**” (Resaltado fuera de texto)

Conforme al análisis jurisprudencial transcrito, la Sala verificará el cumplimiento de los requisitos de la actora, para hacerse acreedora a la pensión gracia solicitada.

3. CASO CONCRETO

3.1. De lo probado en el proceso

De manera relevante, en el proceso se acreditó lo siguiente:

- La demandante nació el 15 de enero de 1962, tal como consta en el Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 18 del expediente, por lo que el 15 de enero de 2012, cumplió 50 años de edad.

⁴ No obstante que la sentencia se refiere al ordinal 2º se entiende que se trata del literal b) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que dispuso “B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

⁵ Fecha en la que cumplió los 50 años de edad, toda vez que nació el 24 de febrero de 1961 (folio 35 del cuaderno principal 1)

⁶ Folio 32 del cuaderno principal 1.

- Mediante certificado de información laboral, se observa que la señora Rosalba Duarte Leal, prestó sus servicios en el sector público municipal, municipio de Chiscas, a partir del 1º de enero de 1977 al 31 de mayo de 1990 (fl. 19-20).
- A través de Decreto 0019 de 1990, se nombró en propiedad en la Docencia Oficial a la demandante, allí se dispone que, por Resolución No. 0013 del 15 de junio de 1990, se autoriza un nombramiento en propiedad en el cargo de docente, en la Concentración Escolar Rural Nacionalizada de Golondrinas, del Municipio de Chiscas (fl. 28).
- Obra Resolución No. 0013 de 15 de junio de 1990, mediante la cual se autoriza nombrar en propiedad a Rosalba Duarte Leal, en su "carácter de Docente Nacionalizada", de la Concentración Escolar de Golondrinas, (fl. 29).
- La Secretaría de Educación de Boyacá, expedido certificado de salarios y devengados de Rosalba Duarte Leal, con Régimen Nacionalizado, con tipo de nombramiento en Propiedad, Nivel preescolar (fl. 30-33).
- Por su parte el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio certificó tiempo de servicios de Rosalba Duarte, con tipo de vinculación Nacional de primaria (fl. 25 -27).
- La Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, certificó que la demandante prestó sus servicios desde el 26 de enero de 1977 al 21 de mayo de 1990, cuyos salarios fueron cancelados con recursos propios del Municipio de Chiscas y a partir del 19 de junio de 1990, fue incorporada a la planta de cargos del Departamento de Boyacá y se le cancelaron sus salarios con recursos del situado fiscal (fl. 138).
- La entidad accionada arrió el expediente administrativo de la demandante (fl. 69 CD)
- Mediante la Resolución No. RDP 030002 del 30 de septiembre de 2014, la UGPP negó la petición de reconocimiento de la pensión gracia, elevada por la accionante, por no acreditar el tiempo de servicios requerido para tal fin (fl. 34-38).
- A través de la Resolución No. RDP 034432 del 11 de noviembre de 2014, la

UGPP confirmó la anterior decisión en sede de reposición (fl. 40-43).

- Con Resolución No. RDP 036515 del 28 de noviembre de 2014, se resolvió el recurso de apelación, confirmando la decisión inicial (fl. 47-51).

3.2. Análisis de la Sala

Para comenzar, la Sala considera evidentemente desacertado el razonamiento esgrimido por la UGPP acerca de la falta de valor probatorio de las certificaciones y documentos diferentes a los actos administrativos de nombramiento originales o en copia auténtica para efectos de verificar los servicios prestados por la accionante, debido a que ese argumento se basa en un formalismo que, además de ser excesivo e injustificado, no cuenta actualmente con soporte legal. Al respecto, la accionada dentro del trámite del proceso fundamentó esta tesis en la Ley 50 de 1886, que en sus los artículos 7º y 8º exponían:

*"(...) ARTÍCULO 7o. No es admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que debe constar por documentos o por pruebas preestablecidas por las leyes. Así los servicios de un militar, los cuales deben comprobarse con su hoja de servicios debidamente formada y calificada; **los empleos que haya tenido un ciudadano, los cuales deben constar de los respectivos nombramientos; los servicios de un individuo, que deben constar en los actos oficiales que ejecutara y de que debió quedar prueba escrita; y todos los hechos de la misma naturaleza, deben probarse con los respectivos documentos o sus copias auténticas.***

*ARTÍCULO 8o. En el caso de que se pruebe que los archivos donde han debido reposar las pruebas preestablecidas de los hechos que deben comprobarse con arreglo a esta ley o al Código Militar, han desaparecido, el interesado debe recurrir a aquellos documentos que pueden reemplazar los perdidos o hacer verosímil la existencia de éstos, ocurriendo para ello a las otras oficinas o archivos donde pueden hallarse estas pruebas. La prueba testimonial no es admisible sino en caso de falta absoluta bien justificada de prueba preestablecidas y escritas; dicha prueba testimonial debe llenar, además de las condiciones generales, las que se especifican en el artículo siguiente. **La prueba supletoria es también admisible cuando se acredite de un modo satisfactorio que no se pudo establecer oportunamente prueba escrita y las razones por las cuales esto sucedió.** (...)" (Negrilla fuera del texto original)*

Para la Sala no solamente resulta clara la ausencia de vigencia de la referida norma, después de más de un siglo de cambios en las

disposiciones que rigen los reconocimientos pensionales y las ritualidades en los procedimientos administrativos y contenciosos, sino que considera reprochable que la entidad se escude en ella para desconocer el principio de eficacia⁷ con el que debe guiar su actuación, así como su deber de requerir la documentación directamente y de forma oficiosa a la entidad respectiva en caso de dudas acerca de la autenticidad de las pruebas presentadas por el ciudadano en sede administrativa, en consonancia con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 9 del Decreto-Ley No. 019 de 2012, que señala:

*"(...) A partir del 1 de enero de 2013, las entidades públicas contarán con los mecanismos para que cuando se esté adelantando una actuación ante la administración y los documentos reposen en otra entidad pública, el solicitante pueda indicar la entidad en la cual reposan para que ella los requiera de manera directa, sin perjuicio que la persona los pueda aportar. **Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública.** (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Asimismo, el Consejo de Estado ha aceptado que el tiempo de servicios para efectos de la solicitud de reconocimiento de la pensión gracia incluso pueda ser certificado por los rectores de las instituciones educativas, siempre que se cumplan ciertos requisitos que hagan apta la prueba:

*"(...) **lo importante de la prueba del tiempo de servicios y de la vinculación, no es la denominación que se le dé, ni la forma que adopte, sino el contenido de los datos puntuales que ofrezca alrededor del tipo de nombramiento, la autoridad que lo hace, la institución educativa a la que prestará los servicios, su naturaleza, y por supuesto los extremos temporales;** a efecto de esclarecer el cumplimiento de los requisitos especiales de que trata la Ley 114 de*

⁷ CPACA, Art. 3 "(...) PRINCIPIOS. **Todas las autoridades** deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

(...)

11. En virtud del **principio de eficacia**, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, **removerán de oficio los obstáculos puramente formales**, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, **en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.** (...) (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1913 en los términos analizados. (...)”⁸ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Bajo este entendido, de lo probado en el proceso se extrae que las primeras vinculaciones de la accionante al servicio educativo oficial se produjeron entre los años 1977 y 1990 en el Municipio de Chiscas (fl. 19-24).

La entidad demandada negó los tiempos vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1990, por cuanto señaló que se trata de contratos de prestación de servicios, por lo que consideró no pueden ser tenidos en cuenta, toda vez que no generan vinculación directa con la entidad; al respecto es preciso advertir que los tiempos laborados por los docentes a través de OPS deben computarse para efectos de la pensión, tal explicación ha sido objeto de análisis por parte del Honorable Consejo de Estado⁹ que al analizar un caso similar, indicó lo siguiente:

“(...) la UGPP deberá tener en cuenta el tiempo laborado por la accionante a través de órdenes de prestación de servicios, pues conforme a los precedentes que sobre la materia ha debatido recientemente esta corporación, se han validado esos períodos para que sean computados con el ejercido en propiedad, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, dado que esa situación particular desentraña una verdadera relación de trabajo sobre la apariencia que haya querido ocultarla, y porque los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario y, además, porque deben acreditar iguales condiciones de formación y experiencia. (...)”

Al verificar el certificado de información laboral de la demandante (fl. 19-20), se colige que las vinculaciones en los periodos de 1º de enero de 1977 a 31 de mayo de 1990, existe la constante de interrupciones, para los periodos de vacaciones únicamente lo que demuestra, que la prestación del servicio fue cumplido como cualquier docente vinculado en la planta de personal de la institución educativa, por lo que atendiendo al criterio del órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, dichos

⁸ Consejo de Estado, Sección 2, Subsección B, 6 Abr. 2017, e52001-23-31-000-2014-00270-01(0585-16), S. Ibarra.

⁹ ver: Consejo de Estado, Sección 2, Subsección B, 23 Feb. 2017, e15001-23-31-000-2012-00276-01(2922-15), C. Perdomo.

tiempos también hacen parte de periodos computables para pensión.

Así, se encuentra cumplido el requisito contemplado en el artículo 15 numeral 2º literal A de la Ley 91 de 1989 atinente a la vinculación de la educadora antes del 31 de diciembre de 1980.

Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia en relación con los alcances del artículo 15, No. 2, literal A, de la Ley 91 de 1989 las pretensiones de la demanda deben negarse por las siguientes razones:

Conforme a las disposiciones contenidas en la Sentencia C- 489 de 2000 proferida por la Corte Constitucional y la sentencia del Consejo de Estado proferida en el expediente con Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00051-01(1028-14) el 17 de noviembre de 2016, la actora no gozaba de un derecho adquirido antes del **31 de diciembre de 1980 pues a esa fecha no contaba con 20 años de servicios docentes, toda vez que para dicha fecha solamente contaba con 4 años de servicios docencia.**

El más reciente pronunciamiento de este Tribunal, en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2017, con ponencia de la Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, en el proceso radicado con No. 15001-23-33-000-2017-00323-00, se dispuso al respecto, que atendiendo a lo dispuesto en la sentencia C-489 de 2000¹⁰ y en consonancia con la sentencia del Consejo de Estado¹¹, no se accedía a las pretensiones de la demanda, por incumplimiento de la totalidad de los requisitos para ser acreedor de dicha prerrogativa, así se dijo en la sentencia referida:

- *"Al tenor de la Sentencia C- 489 de 2000 proferida por la Corte Constitucional y la sentencia del Consejo de Estado proferida en el expediente con Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00051-01(1028-14) el 17 de noviembre de 2016, la actora no gozaba de un derecho adquirido antes del **31 de diciembre de 1980 pues a esa fecha no contaba con 20 años de servicios docentes, apenas acreditaba 3 meses de vinculación docente.***
- *Conforme a la sentencia proferida por el Consejo de Estado en expediente con Radicación número: S-699, Actor: Wilberto*

¹⁰ Sentencia C- 489 de 2000 proferida por la Corte Constitucional y la sentencia del Consejo de Estado proferida en el expediente con Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00051-01(1028-14) el 17 de noviembre de 2016.

¹¹ sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, el 17 de noviembre de 2016 en el expediente con Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00051-01(1028-14)

Theran Mogollón, al revisar los alcances del artículo 15, No. 2, literal A, de la Ley 91 de 1989, los docentes que conservaron el derecho a la pensión gracia fueron quienes se vieron afectados por el proceso de nacionalización antes del 31 de diciembre de 1980, proceso que inició con la Ley 43 de 1975 – 1º de enero de 1976 -

- *La señora Hirma Nubia Jiménez Solano no se vio afectada por el proceso de nacionalización puesto que fue vinculada nuevamente como docente por el Departamento de Boyacá el **8 de febrero de 1994**, es decir **14 años después de su última vinculación** acaecida antes del 31 de diciembre de 1980".*

Postura que igualmente asume esta Sala, no sin advertir que si bien en ocasiones anteriores, siguiendo jurisprudencia del Consejo de Estado, este Tribunal aceptó que siempre que hubiese una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1980, podía completarse el tiempo con servicios docentes posteriores, ahora rectifica su criterio acogiendo las jurisprudencias antes mencionadas, precisando que para que sea posible el reconocimiento de la pensión gracia aludida, es preciso haber cumplido con la **Totalidad** de los requisitos, para la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, (esto es el 29 de diciembre de 1989).

4. CONDENA EN COSTAS

Conforme al artículo 365 del CGP, se condenará en costas a quien sea vencido en el proceso. Las costas están conformadas por gastos del proceso y agencias en derecho. En materia de gastos del proceso, no se observa ninguno en que haya incurrido la demandada, pero en materia de agencias en derecho, se encuentra que ésta parte desplegó la actividad de un profesional del derecho para su defensa. En consecuencia, se condenará en costas a la demandante en cuantía de \$100.000 por concepto de agencias en derecho, en favor de la entidad demandada.

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: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme fue expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, liquídense por Secretaría y sígase el procedimiento establecido en el artículo 393 del C.P.C.

TERCERO: Por concepto de agencias en derecho en favor de la demandada se tasa la suma de \$100.000 a cargo de la demandante.

CUARTO: En firme la presente sentencia y libradas las comunicaciones respectivas, **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias de rigor.

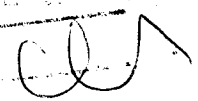
Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVER
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
BOYACÁ - COLOMBIA
10


REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE CONJUECES

Tunja,

Conjuez Ponente: Dr. Pedro Simón Garrote Becerra

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

DEMANDANTE: GABINO PARRA HERNÁNDEZ
DEMANDADA: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICACIÓN: 15001233300020150084300

De secretaría ingresa el proceso al despacho informando que se venció el término para contestar la demanda y el traslado de las excepciones.

Siguiendo con el trámite procesal, se observa que se ha surtido de forma completa y adecuada las actuaciones iniciales, correspondiendo continuar con la etapa descrita en el artículo 180 del CPACA, esto es la audiencia inicial. Para tal fin el despacho fijará fecha y hora para la referida audiencia.

Al tenor de lo dispuesto en los numerales 2 y 4 del artículo 180 del CPACA, se recuerda a los interesados de la concurrencia de los apoderados de las partes procesales es obligatoria, que su ausencia no impedirá el desarrollo de la audiencia y por el contrario si acarreará sanciones pecuniarias y procesales.

Como quiera que el Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, Hugo Alejandro Sánchez Hernández, condición que demuestra con los documentos obrantes a los folios 110 a 113, le confirió poder a la abogada ELIZABETH PARRA RODRÍGUEZ para que asuma la representación y defensa de la entidad demandada en este proceso¹ y fue quien contestó la demanda² el despacho le reconocerá personería jurídica para actuar en este proceso.

En mérito de lo anterior, del despacho:

RESUELVE:

PRIMERO: FIJAR COMO FECHA Y HORA para llevar a cabo la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA, en el asunto de la referencia, el día viernes veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciocho (2018) a las nueve de la mañana (9. a.m.) en las salas de audiencia del Tribunal Administrativo de Boyacá ubicadas en el quinto piso del Palacio de Justicia de la Ciudad de Tunja de la Carrera 9 No. 20- 62, según las previsiones efectuadas en la parte motiva de la providencia.

Se previene a los apoderados de las partes que su asistencia a la audiencia es obligatoria so pena de hacerse acreedores a las sanciones legales y pecuniarias a que haya lugar.

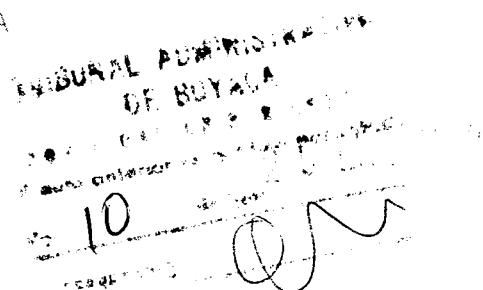
SEGUNDO: RECONOCER personería jurídica a la abogada ELIZABETH PARRA RODRÍGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía 23.606.261 y con Tarjeta Profesional No. 89.741 del C.S. de la J., para actuar como apoderada la entidad demandada dentro del proceso de la referencia de conformidad con el poder visto a folio 109.

Notifíquese y cúmplase


PEDRO SIMÓN GARROTE BECERRA
Conjuez

¹ Fol. 109

² Fols. 130 a 143.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE CONJUECES

Tunja,

2019

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTES: ALDA NUBIA SOLER RUBIO
GLADYS CONSTANZA MEDINA BRANDO
DEMANDADA: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA
DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
RADICACIONES: 15001233300020150084800
15001233300020160001500

ASUNTO: Auto que decreta acumulación de procesos

Conjuez: Dr. Pedro Simón Garrote Becerra

Ingresaron al despacho los procesos de la referencia para fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del C.P.A.C.A

No obstante, encuentra este despacho procedente pronunciarse previamente sobre la posibilidad de decretar la acumulación de los procesos de la referencia que se están tramitando en la Sala de Conjueces del Tribunal Administrativo de Boyacá, uno a cargo del suscrito y otro a cargo de otro conjuez.

En efecto, con fundamento en los principios de coordinación, eficacia, economía, celeridad, concentración, inmediación, igualdad y publicidad que según el artículo 3º del C.P.C.A, se imponen a todas las autoridades en las actuaciones y procedimientos administrativos, es procedente decretar de oficio la acumulación de estos procesos que se tramitan en esta sala de conjueces a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho entre las mismas partes, representada la parte actora por el mismo apoderado, que versan sobre idénticos hechos y pretensiones y se encuentran en igual etapa procesal, esto es, para audiencia inicial, como se puede constatar en cada uno de los procesos. Adicionalmente, la acumulación de procesos tiene como finalidad que las decisiones judiciales que resuelvan casos semejantes sean coherentes, evitando así, contradicciones que podrían dar lugar a la violación del derecho fundamental a la igualdad.

Pues bien, el artículo 148 del Código General del Proceso sobre el particular establece:

"ARTÍCULO 148. PROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS. Para la acumulación de procesos y demandas se aplicarán las siguientes reglas:

1. *Acumulación de procesos.* De oficio o a petición de parte podrán acumularse dos (2) o más procesos que se encuentren en la misma instancia, aunque no se haya notificado el auto admisorio de la demanda, siempre que deban tramitarse por el mismo procedimiento, en cualquiera de los siguientes casos:

a) *Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.*

b) *Cuando se trate de pretensiones conexas y las partes sean demandantes y demandados recíprocos.*

c) *Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones de mérito propuestas se fundamenten en los mismos hechos.*

2. *Acumulación de demandas.* Aun antes de haber sido notificado el auto admisorio de la demanda, podrán formularse nuevas demandas declarativas en los mismos eventos en que hubiese sido procedente la acumulación de pretensiones.

3. *Disposiciones comunes.* Las acumulaciones en los procesos declarativos procederán hasta antes de señalarse fecha y hora para la audiencia inicial.

Si en alguno de los procesos ya se hubiere notificado al demandado el auto admisorio de la demanda, al decretarse la acumulación de procesos se dispondrá la notificación por estado del auto admisorio que estuviere pendiente de notificación.

De la misma manera se notificará el auto admisorio de la nueva demanda acumulada, cuando el demandado ya esté notificado en el proceso donde se presenta la acumulación.

En estos casos el demandado podrá solicitar en la secretaría que se le suministre la reproducción de la demanda y de sus anexos dentro de los tres (3) días siguientes, vencidos los cuales comenzará a correr el término de ejecutoria y el de traslado de la demanda que estaba pendiente de notificación al momento de la acumulación.

Cuando un demandado no se hubiere notificado personalmente en ninguno de los procesos, se aplicarán las reglas generales.

La acumulación de demandas y de procesos ejecutivos se regirá por lo dispuesto en los artículos 463 y 464 de este código."

En cuanto al trámite para la acumulación el mismo compendio normativo lo señala de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 150. TRÁMITE. Quien solicite la acumulación de procesos o presente demanda acumulada, deberá expresar las razones en que se apoya.

Cuando los procesos por acumular cursen en el mismo despacho judicial, la solicitud de acumulación se decidirá de plano. Si los otros procesos cuya acumulación, se solicita cursan en distintos despachos judiciales, el peticionario indicará con precisión el estado en que se encuentren y aportará copia de las demandas con que fueron promovidos.

Si el juez ordena la acumulación de procesos, se oficiará al que conozca de los otros para que remita los expedientes respectivos.

Los procesos o demandas acumuladas se tramitarán conjuntamente, con suspensión de la actuación más adelantada, hasta que se encuentren en el mismo estado, y se decidirán en la misma sentencia. Cuando los procesos por acumular cursen en el mismo despacho judicial, la acumulación oficiosa o requerida se decidirá de plano. Si cursan en diferentes despachos, el juez, cuando obre de oficio, solicitará la certificación y las copias respectivas por el medio más expedito."

Como ya se anticipó, a cargo de la sala de conjueces de este tribunal se encuentran los procesos de la referencia para señalar fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del C.P.A.C.A. Estos dos procesos reúnen los requisitos legales para que sea procedente su acumulación como se explica enseguida:

1. 15001233300020150084800 adelantado por ALDA NUBIA SOLER RUBIO contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL –DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

2.15001233300020160001500 adelantado por GLADYS CONSTANZA MEDINA BRANDO contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL –DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

En efecto estos procesos:

1. Se tramitan por el procedimiento previsto en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.C.A.

2. Se encuentran en primera instancia.

3. Las pretensiones formuladas por ser idénticas habrían podido acumularse en una misma demanda.

4. Se proponen las mismas excepciones de fondo.

5. Se encuentran en la misma etapa procesal, esto es, para señalar fecha para audiencia inicial.

5. Además, la entidad demandada es la misma y las partes están representadas por idénticos apoderados judiciales.

Bajo ese entendido por resultar procedente, de oficio se acumularán estos procesos. En consecuencia de ahora en adelante se tramitarán conjuntamente teniendo al radicado con el número 15001233300020150084800 como principal para todos los efectos legales, por ser éste el proceso más antiguo teniendo en cuenta que fue el primero en el que se notificó la demanda.

Finalmente, como quiera que el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial le confirió poder al abogado ALEX ROLANDO BARRETO MORENO para que asuma la representación y defensa de la entidad demandada en los procesos que mediante esta providencia se acumulan¹ y fue él quien contestó las demandas² el despacho le reconocerá personería jurídica para actuar como su apoderado judicial.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Conjueces

¹ Fols. 85 (proceso No. 1) y 99 (proceso No. 2)

² Fols. 77 a 84 (proceso No. 1) y 91 a 98 (proceso No. 2)

RESUELVE:

PRIMERO: Decretar la acumulación de los procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, radicados con los números 15001233300020150084800 y 15001233300020160001500 adelantados por ALDA NUBIA SOLER RUBIO Y GLADYS CONSTANZA MEDINA BRANDO respectivamente, contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

SEGUNDO: Tener como expediente principal para todos los efectos legales pertinentes el radicado con el número 15001233300020150084800.

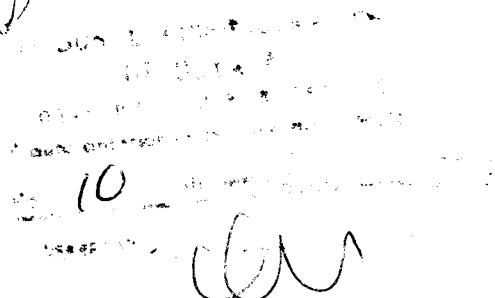
TERCERO: Disponer que por secretaría, se hagan las comunicaciones a que haya lugar, los registros y constancias correspondientes en los procesos que aquí se acumulan en el sistema Tyba.

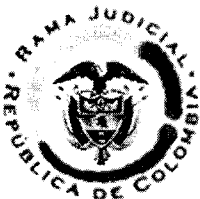
CUARTO: Cumplido lo anterior, oportunamente ingresen nuevamente los expedientes acumulados al despacho para señalar fecha y hora para la audiencia inicial.

QUINTO: RECONOCER personería jurídica al abogado ALEX ROLANDO BARRETO MORENO, identificado con cédula de ciudadanía 7.177.696 de Tunja y con Tarjeta Profesional No. 151.608 del C.S. de la J., para actuar como apoderado general de la entidad demandada dentro de las presentes diligencias de conformidad con los poderes otorgados en los respectivos procesos.

Notifíquese y cúmplase


PEDRO SIMÓN GARROTE BECERRA
Conjuez





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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **23** ENE. 2018

DEMANDANTE:	DEMETRIO LÓPEZ MALDONADO
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONPREMAG- MUNICIPIO DE TUNJA
REFERENCIA:	1500123333-2016-00024-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RECONOCIMIENTO PENSIONAL

Encontrándose el proceso al Despacho para proferir el fallo de primera instancia, la Sala considera que existe un punto dudoso que requiere ser aclarado, a efectos de adoptar la decisión de mérito.

Al respecto, en el expediente no obra documento alguno del cual pueda establecerse claramente los tiempos de vinculación del señor Demetrio López Maldonado, por cuanto solamente se certifica tiempo servido hasta el año 2009, según Oficio SA-AC-16.1-055 del 22 de julio de 2014, proferido por la Secretaría Administrativa del Municipio de Tunja (fl. 222), y posteriormente esta Alcaldía certifica que el señor López Maldonado se encuentra vinculado a la fecha en la Institución Educativa Gonzalo Suarez Rendón de Tunja, (fl. 306).

En audiencia inicial realizada el 25 de abril de 2017, se solicitó como pruebas requerir a la Secretaría de Educación del Municipio de Tunja para que aportara certificación de la totalidad de tiempo de servicios prestado por el señor Demetrio López Maldonado, no obstante, esta entidad allegó certificación en la que consta como última fecha de vinculación del demandante el 03 de febrero de 2000, desconociéndose entonces los tiempos laborados posteriores a esta última fecha, por lo que existe un vacío frente a las vinculaciones del actor entre el período comprendido del año 2000 a la actualidad.

Para tal efecto señala el inciso 2º del artículo 213 del C.P.A.C.A, lo siguiente:

"ARTÍCULO 213. PRUEBAS DE OFICIO. En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.

Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decreta pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decreta."

En este orden de ideas, para mejor proveer y en procura de lograr la verdad de los hechos mediante el mayor recaudo de información tendiente a esclarecer el panorama solicitado en el escrito de demanda, además por ser útiles y pertinentes oficiará:

- A la Secretaría de Educación del Municipio de Tunja, para que allegue de forma clara, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación correspondiente, Certificado del tiempo **TOTAL** laborado con esta entidad por el señor Demetrio López Maldonado, identificado con la C.C. No. 6.760.446 de Tunja, esto es desde el 10 de febrero de 1992 a la fecha exacta de desvinculación o de ser así certifique si en la actualidad se encuentra vinculado laboralmente con la entidad.
- Informe si el demandante trabajó de forma ininterrumpida y certifique el pago de los períodos a pensión efectuados a la entidad pensional correspondiente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE:

PRIMERO: Por Secretaría, **OFICIAR** A la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE TUNJA**, para que allegue de forma clara y oportuna, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación correspondiente:

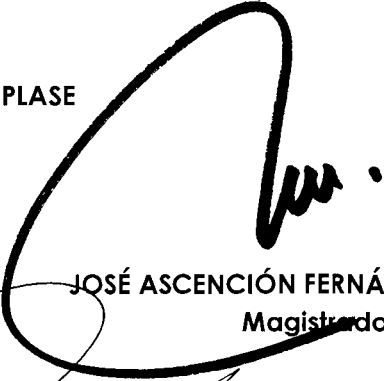
- Certificado del tiempo **TOTAL** laborado con esta entidad por el señor Demetrio López Maldonado, identificado con la C.C. No. 6.760.446 de Tunja, esto es desde el 10 de febrero de 1992 a la fecha exacta de desvinculación o de ser así, certifique si en la actualidad se encuentra vinculado laboralmente con la entidad.

- Informe si el demandante trabajó de forma ininterrumpida y certifique el pago de los períodos a pensión efectuados a la entidad pensional correspondiente.

Al oficio respectivo anéxese copia del presente proveído.

SEGUNDO: Recaudada la prueba decretada en el numeral anterior, reingrésese el proceso al Despacho del Magistrado Ponente para elaborar el proyecto de sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOGOTÁ
C. 10
25 JUL 2017
10



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 23 ENE. 2018

DEMANDANTE:	ALBA STELLA MEJÍA RUIZ
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
REFERENCIA:	15001-23-33-000-2016-00110-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIÓN GRACIA
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 ALBA STELLA MEJÍA RUIZ, 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 el reconocimiento y pago de la pensión gracia de la actora.

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

Solicitó se declare la nulidad de la **Resolución RDP 023803 del 12 de junio de 2015**, expedida por la UGPP, por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago de la pensión gracia de la demandante. Así mismo, solicitó se declare la nulidad de la **Resolución RDP 038967 del 23 de septiembre de 2015**, expedida por la demandada, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución 023803 del 12 de junio de 2015, confirmando la decisión.

De otro lado, solicitó se declare que la señora ALBA STELLA MEJÍA RUIZ, tiene derecho a que la UGPP, le reconozca y pague la pensión gracia, a partir del día que cumplió el status, es decir, desde el 3 de diciembre de 2007 al 2 de diciembre de 2008, en cuantía del 75% del salario, con la totalidad de los factores salariales, devengados durante el último año de servicio.

Solicitó que se condene a la demandada: **i)** a pagar el valor del retroactivo desde el 02 de diciembre de 2008; **ii)** a que sobre las sumas adeudadas a la actora, sean pagadas de forma indexada, **iii)** que la condena se cancele en los términos establecidos en el artículo 192 C.P.C.A., **iv)** se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios en caso de que no sea cumplido el fallo dentro del término establecido y **v)** que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (fls. 33-4)

El apoderado de la parte demandante, adujo que la demandante, nació el 2 de diciembre de 1958.

Que prestó sus servicios como docente territorial desde el 1º de febrero al 30 de noviembre de 1976, como maestra directora de la Escuela Rural Municipal de “Manua Grande”, del Municipio de Chiscas.

Que el 1º de febrero al 15 de agosto de 1977, se desempeñó como docente en la Escuela “Las Higueras” del mismo municipio.

Posteriormente ingresó a trabajar como docente NACIONALIZADA EN EL Colegio Departamental Agrícola del Municipio de Chiscas – Boyacá desde el 23 de agosto de 1984, vinculación que mantuvo hasta la fecha de presentación de la demanda.

Señaló, que cuenta con los requisitos legales y básicos que le dan derecho a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión gracia.

Que elevó derecho de petición el 03 de febrero de 2015, siendo resuelta a través de la Resolución RDP 023803 del 12 de junio de 2015, que negó el derecho y confirmada a través de la Resolución RDP 038967 del 23 de septiembre de 2015.

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

Constitucionales: artículo 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política de Colombia.

Legales: Ley 114 de 1913, artículo 1, 3, 4; Ley 116 de 1928, artículo 6; artículo 3 Decreto 081 de 1976; Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 3, Ley 91 de 1989, artículo 15.

Luego de manifestar las normas que considera violadas, alegó la falsa motivación del acto acusado, señalando que la entidad demandada, injusta e ilegalmente, desestimó el tiempo de servicios prestados por la demandante, aduciendo que la vinculación en propiedad a partir de 1990, de la docente es de carácter nacional. Y resaltó que la demandante si cumplió con la totalidad de los requisitos y ha estado vinculada “de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad, con la pensión ordinaria de jubilación aun en el evento de estar está a cargo total o parcial de la nación. En tal sentido adujo que no existe fundamento para negar la pensión gracia a la actora.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 04 de diciembre de 2015 (fl. 45) correspondiéndole por reparto al Juzgado Octavo Administrativo de Tunja que ordenó la remisión al Tribunal Administrativo de Boyacá, por competencia de cuantía (fl. 47-49). Mediante auto de 28 de marzo de 2016, esta Corporación resolvió admitir la demanda. (fl. 54 vto). La demanda se contestó dentro del término legal (fl. 67-73) la demandada presento escrito de excepciones (fls. 65-66).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.1. UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP (fls. 67-73)

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

En primer lugar, adujo que se opone a todas y cada una de las pretensiones perseguidas por la demandante. De otro lado, frente a los hechos, adujo que algunos son ciertos, algunos no lo son, y otros que no son hechos.

Como fundamentos de derecho, realizó un recuento legal y jurisprudencial, sobre el derecho a la pensión gracia, del cual concluyó que la Ley es enfática en exigir el cumplimiento de todos los requisitos para reconocer las pensiones de este tipo.

Adujo que luego de analizar los medios probatorios, la parte actora de forma precaria probó los 20 años de servicio, argumento que motiva la negativa, desconociendo así la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el entendido que los certificados que se expidan para acreditar los requisitos legales exigidos por la norma para el reconocimiento de la prestación social, deben ser precisos y contener datos fundamentales que reflejen la realidad de la vinculación y desarrollo de la función docente, pues la información incompleta que se consigne puede conducir a decisiones contrarias.

Agregó que la certificación laboral resulta incompleta, no pudiendo analizar con claridad el tiempo de servicios, en consecuencia, no reuniendo los requisitos exigidos, pues estas únicamente establecen fechas de nombramiento, no determina la autoridad que efectuó la vinculación concluyendo que ante la falta de acreditación de la vinculación legal y reglamentaria, no debe accederse a las pretensiones de la demanda.

Concluyó que los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, tal y como sucede en el caso particular, se considera de orden nacional, motivo por el cual no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 114 de 1913 y en consecuencia se niega el reconocimiento de la pensión gracia, al no ser viable contabilizar los tiempos de servicio con vinculaciones posteriores al 1º de enero de 1990 y las anteriores suman menos de 20 años de servicios.

Añadió que si sus salarios fueron financiados con recursos del Situado Fiscal, hoy sistema general de participaciones, incumplió con los requisitos exigidos por las normas vigentes para acceder a la pensión gracia, razón por la cual no tendría derecho a ella, ostentando en ese caso la calidad de docente nacional.

Finalmente mediante escrito allegado el 05 de noviembre de 2015 (fls. 133-134), el apoderado de la parte demandada, allegó escrito, proponiendo las siguientes excepciones: **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.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante (fls. 183-186)

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

En primer lugar, adujo que se ratifica en todos los fundamentos de hecho y de derecho esbozados en el escrito de la demanda.

Así mismo señaló, que conforme a las pruebas que fueron recaudadas en el trámite procesal pertinente, se pudo demostrar que la demandante ingresó por primera vez al servicio público de la educación desde el 1º de febrero de 1976 con vinculación como docente territorial; además de lo anterior, prestó sus servicios como docente antes del 31 de diciembre de 1980 así:

Desde el 1º de febrero al 30 de noviembre de 1976 como maestra directora en la Escuela Rural Municipal de “Manua Grande”, nombrada a través del Decreto 002 del 28 de enero de 1976, expedido por el Alcalde del Municipio de Chiscas.

Desde el 1º de febrero al 15 de agosto de 1977, como maestra directora en la Escuela Rural “Las Higueras”, del municipio de Chiscas, nombrada a través del Decreto 002 del 26 de enero de 1977, expedido por el Alcalde Municipal.

Finalmente desde el 23 de agosto de 1984 a la fecha, en el Municipio de Tunja, nombrada por Decreto 986 del 9 de agosto de 1984, como docente NACIONALIZADA.

Tiempos que considera fueron debidamente probados con el certificado de tiempo de servicios No. 0178 del 24 de octubre de 2014, expedido por la Secretaría de Educación de Tunja.

Igualmente, que los tiempos laborados antes de 1980, se encuentran también acreditados con la certificación No. 7427, expedida por la Contraloría General de Boyacá.

Agregó que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado: 3710-05 del 02 de febrero de 2006, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, en la que se señaló, que si bien la pensión gracia dejó de ser un derecho para aquellos educadores territoriales o nacionalizados, que por primera vez se hayan vinculado a la administración a partir del 1º de enero de 1981, mantuvo dicho derecho para quienes hubiesen tenido una experiencia apta para acceder a la pensión gracia, laborada con anterioridad a la precitada fecha, por lo que sí a diciembre 31 de 1980 no se encontraba vinculado como docente al servicio de la docencia de la administración, pero tenía experiencia anterior, se le podía adicionar al prestado con anterioridad a 1981.

4.2. Parte demandada

- **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES (fls. 187-196)**

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

Reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda y adujo que la demandada debe sujetarse a la Ley para la expedición de actos administrativos, sobre todo tratándose del reconocimiento de un derecho prestacional, y agregó que la razón de haber negado el derecho fue precisamente un mandato legal.

Luego de hacer un recuento legal sobre el derecho a la pensión gracia, concluyó que de conformidad con las leyes que la rigen. Han tenido derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, los maestros de enseñanza de primaria oficial, empleados y profesores de escuelas normales e inspectores de instrucción pública y maestros que hubieran completado los servicios en establecimientos de enseñanza secundaria.

Manifestó entonces, que partiendo de tal base normativa, en la cual los docentes vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, cuya vinculación fuera del orden Departamental, Distrital o Municipal o Nacionalizados, y que cumplieran con todos los requisitos establecidos en la Ley, podían acceder a una pensión gracia equivalente a la mitad del salario devengado durante los dos últimos años y sin perjuicio de poder acceder a otro tipo de pensión.

Concluyó que la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento

de la pensión gracia por cuanto su vinculación en el periodo de 2 de febrero de 1976 al 15 de agosto de 1977 y 23 de agosto de 1984 al 5 de mayo de 1997, fue interrumpida para el tiempo establecido para el reconocimiento pensional, en tanto que si bien es cierto laboró en dichas fechas, lo cierto es que la demandante no estuvo vinculada a la educación pública para el 31 de diciembre de 1980, de tal suerte que dichos lapsos no pueden computarse para los efectos pretendidos, pues considera que no existió vínculo legal y reglamentario y de contera no hubo solución de continuidad para dicha fecha.

Adicionalmente consideró que dichas vinculaciones no se efectuaron a través de nombramientos, tan así que no obran las actas de posesión que den cuenta de tal situación, contrariando lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley 115 de 1994.

Finalmente solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda y se absuelva de responsabilidad a la entidad demandada.

4.3. Ministerio Público

Allegó concepto en el que luego de hacer un compendio del trámite procesal surtido y un análisis legal y jurisprudencial referente a la pensión gracia, expuso que para el caso particular, para la fecha en que la accionante elevó solicitud de pensión gracia ante la demandada, contaba con 31 años, 8 meses y 8 días de servicio, cumpliendo en principio el requisito de tiempo de servicios (20 años), que la edad también fue acreditada por cuanto al momento de la reclamación administrativa, contaba con 56 años de edad.

Ahora bien, considera el Ministerio que aun cuando la docente no hubiese estado vinculada para el 31 de diciembre de 1980, acreditó tiempo servido al servicio de la docencia con anterioridad a dicha época, tal como se probó con los certificados de tiempo de servicios, expedidos por la Secretaría de Educación del Municipio de Tunja.

Que en tal evento, el servicio docente prestado por la demandante con posterioridad al 31 de diciembre de 1980, también debe computarse a los efectos del reconocimiento de la pensión gracia, pues fueron prestados a una entidad del orden territorial como lo es el Municipio de Tunja, que incluso, el certificado sobre tiempo de servicios, expedido por el Profesional Especializado de Recursos Humanos y Físicos de la Secretaría de Educación

del Municipio de Tunja, se señaló que la docente se encontraba vinculada "en propiedad como nacionalizada", lo que da a entender que la vinculación suscitada con posterioridad al 1º de enero de 1980 también ha sido a una entidad territorial y por tanto computable a los efectos del reconocimiento de la pensión gracia.

En cuanto a los recursos provenientes del sistema general de participaciones para cubrir el gasto educativo a cargo de las entidades territoriales certificadas, señaló que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 2 de junio de 2016, Radicado: 2748-14 C.P. Luis R. Vergara Quintero, expuso al respecto que:

"de la normatividad que dio origen a la pensión gracia y la interrupción jurisprudencial efectuada en la materia, es posible concluir que esta prestación se causa únicamente para los docentes que cumplan 20 años de servicio en colegios de orden departamental, distrital o municipal, sin que sea posible acumular tiempos de orden nacional. Los dineros girados a las entidades territoriales provienen del situado fiscal – hoy Sistema General de Participaciones – con el propósito de cubrir pasivos pensionales de salud, educación y otros sectores, hacen parte de los recursos propios de los entes territoriales. En estas condiciones, teniendo claro que la demandante se vinculó al servicio docente antes del 31 de diciembre de 1980 y que su vinculación fue de carácter territorial, no queda duda de que cumple la exigencia establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989."

Tesis que señala fue reiterada en otras sentencias como la proferida el 16 de junio de 2016 y se acogió al concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 27 de agosto de 2015, Radicado 2014-00287, C.P. German Bula.

Conforme a lo anterior concluye que contrario a lo considerado por la entidad demandada, los recursos del Sistema General de Participaciones, destinados al pago de los salarios y prestaciones sociales del personal docente a cargo de las entidades territoriales, se consideran recursos propios de las entidades territoriales, por ser recursos asignados directamente por la Constitución para los propósitos enunciados en sus artículos 356 y 357, lo que quiere decir que en estricto sentido no corresponden a recursos provenientes de la Nación, a los efectos de

cumplir con el requisito para acceder a la pensión gracia, razón por la cual solicita se accedan a las pretensiones de la demanda.

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. PROBLEMA JURÍDICO

En la Audiencia Inicial se planteó como problema jurídico a resolver si la actora tiene derecho a que le sea reconocido y pagado por parte de la UGPP, una pensión gracia con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su status pensional gracia, teniendo en cuenta como base de liquidación el 75% del salario, con la inclusión de todos los factores salariales devengados, en los términos de la normatividad que cobija esta prestación.

De la interpretación de los argumentos de las partes y la normatividad aplicable al caso, la Sala anuncia la posición que asumirá así:

1.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala:

Se negaran la pretensiones de la demanda por cuanto a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989, (29 de diciembre de 1989), la demandante no había consolidado su derecho por cuanto para dicha fecha contaba con 6 años de servicio y 31 años de edad, por ende, pese a que ingresó a laborar como docente en el municipio de Chiscas el 1º de enero de 1976, antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, tenía una mera expectativa o probabilidad de obtener algún día ese beneficio.

1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

1.1. Requisitos para el reconocimiento de la pensión gracia

Frente al derecho de los docentes al pago de la pensión gracia, el artículo 1º de la Ley 114 de 1913 dispone que los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20

años tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, de conformidad con las prescripciones de dicha Ley.

Posteriormente, las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 ordenaron extender la pensión gracia a los empleados y profesores de las escuelas normales, a los inspectores de instrucción pública y a los maestros de secundaria como remedio a la distribución de competencias contenida en la Ley 39 de 1903, dado que allí se estableció que la educación pública primaria estaría a cargo de los Departamentos y Municipios, y la secundaria, a cargo de la Nación, circunstancia que originó una enorme desigualdad en la escala salarial y en los derechos prestacionales entre los docentes de uno y otro orden. No obstante, tal desigualdad fue corregida con la expedición de la Ley 43 de 1975 *"por la cual se nacionaliza la educación primaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones"*, acabando con el antiguo régimen de responsabilidades compartidas en materia de educación entre la Nación y los Departamentos y Municipios.

Los artículos 1º y 10º de la Ley 43 de 1975 previeron lo siguiente:

"(...) Artículo 1º La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley.

Parágrafo. El nombramiento del personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta Ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función. (...)

(...)

Artículo 10. En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán, con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria; ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional. (...)" (Negrilla fuera del texto original)

A su vez, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, *"por la cual se crea el Fondo*

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", derogó la pensión de jubilación gracia, pero contempló un régimen especial a fin de dar efecto ultractivo a la referida prestación a un determinado grupo de docentes. La norma en comento estableció lo siguiente:

"(...) Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado¹ y el que se vincule con posterioridad al 1o. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: (...)

2. Pensiones:

A.- **Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos².** Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B.- Para los **docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.** Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. (...)" (Negrilla fuera del texto original)

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 26 de agosto de 1997, expediente No. S-699, con ponencia del Magistrado Nicolás Pájaro Peñaranda, precisó los alcances de la Ley 91

¹ Según la Ley 91 de 1989, el personal nacional está conformado por aquellos docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional, mientras que el personal nacionalizado lo está por los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y el personal nombrado a partir de esa fecha, previa autorización del Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con lo exigido por la Ley 43 de 1975.

² Sentencia C-489 de 2000 Corte Constitucional: "Declarar exequible la expresión "...vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980..." contenida en el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.

de 1989 en los siguientes términos:

"(...) No es de recibo el argumento que en ocasiones se ha expuesto para sostener que con motivo de la expedición de esta norma, pueda reconocerse la pensión gracia a todos los que prestan sus servicios a la Nación, por ser los maestros a que ella se refiere docentes de carácter nacional. Dos son las razones fundamentales que conducen al rechazo de tal aseveración, así:

a. Como se dijo, la Ley 37 de 1933, examinada en relación con la Ley 116 de 1928 y la Ley 114 de 1913, no introdujo modificación alguna a las exigencias establecidas en estos ordenamientos normativos.

b. No es acertada la afirmación de que los establecimientos oficiales de educación secundaria fuesen nacionales en su totalidad en 1933. Tanto es así que fue con la Ley 43 de 1975 que se inició el proceso de nacionalización tanto de la educación primaria como de la secundaria. Por eso en su encabezamiento se lee: 'por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías...' Y en su artículo primero se prescribe hacia el futuro: 'la educación primaria y secundaria será un servicio público de cargo de la nación'.

Se repite que a partir de 1975, por virtud de la Ley 43, empieza el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales a que se refieren los ordenamientos anteriormente citados (L.114/13; L.116/28,y L.28/33); proceso que culminó en 1980.(...)

Y sobre los beneficiarios de la pensión gracia, sostuvo:

"(...) La disposición transcrita (artículo 15 No. 2, literal A, de la Ley 91 de 1989) se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por habérseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad 'con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación'; hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera '...otra pensión o recompensa de carácter nacional'.

De lo anterior se desprende que **para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe la posibilidad del reconocimiento de tal**

pensión, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la '...pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año', que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B, No. 2, artículo 15 lb.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. **También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 'tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia... siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos'.** Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De las reglas así expuestas, colige la Sala que los requisitos legales para acceder a la pensión de gracia de jubilación, según el artículo 4º de la Ley 114 de 1913, son los siguientes: i) Ser docente del orden territorial; en palabras de la Ley 91 de 1989, **docente nacionalizado o territorial**; ii) Acreditar que el **vínculo laboral con el magisterio (nombramiento y posesión) tenga una fecha igual o anterior al 31 de diciembre de 1980**; iii) Haber cumplido **cincuenta (50) años de edad**, o que se halle en **incapacidad** -por enfermedad u otra causa- de ganar lo necesario para su sostenimiento; vi) Acreditar que ha **servido en el magisterio por un término no menor de 20 años**; v) Acreditar los demás requisitos que enlista el artículo 4º de la Ley 114 de 1913, esto es, la conducción con **honradez y consagración** en el ejercicio de la docencia; **carecer de medios de subsistencia** en armonía con su posición social y costumbres; vi) **no haber recibido ni recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional**³; y (vii) que haya observado **buena conducta**.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-084 de 1999, declaró exequible el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, siendo ponente el Magistrado Doctor Carlos Gaviria Díaz y dispuso que:

"La circunstancia de que, en ejercicio de esa función el

³ Esta limitante para acceder a la pensión gracia debe matizarse con lo normado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues allí se señaló que ella es compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

Congreso Nacional haya preceptuado que la “pensión de gracia” creada por la Ley 114 de 1913 para los maestros oficiales de primaria y extendida luego a otros docentes, sólo se conserve como derecho para quienes estaban vinculados al servicio antes del 1º de enero de 1981 y que no se conceda a los vinculados con posterioridad a esa fecha, no implica desconocimiento de ningún “derecho adquirido”, es decir, no afecta situaciones jurídicas ya consolidadas, sino que se limita, simplemente, a disponer que quienes ingresaron a partir de esa fecha, no tendrán posibilidad de adquirir ese derecho, **que constituía una “mera expectativa”** la que, precisamente por serlo, podía, legítimamente, ser suprimida por el legislador, pues a nadie se afecta en un derecho ya radicado en cabeza suya de manera particular y concreta, por una parte; y, por otra, si las situaciones fácticas de quienes ingresaron al magisterio oficial antes y quienes ingresaron después del 1º de enero de 1981 no son las mismas, es claro, entonces, que por ser disímiles no exigen igualdad de trato, y que, las consideraciones sobre la antigüedad de la vinculación laboral que se tuvieron en cuenta por el Congreso Nacional al expedir la normatividad cuya exequibilidad se cuestiona, son razones que legitiman lo dispuesto por los apartes del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, objeto de la acusación.”

Posteriormente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-489 de 2000 declara la exequibilidad del literal a) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, precisó:

“...No obstante lo anterior, la Corte considera importante hacer claridad en lo siguiente: a los docentes que antes de entrar a regir la ley 91/89 (diciembre 29/89) hubieran completado TODOS los requisitos exigidos en el ordenamiento positivo para tener derecho a la pensión de gracia, deberá reconocérseles, pues los derechos adquiridos, por expreso mandato constitucional (art. 58 C.P.), deben ser protegidos y respetados por la ley nueva. De ahí que esta corporación haya reiterado la regla general contenida en el artículo 58 de la Carta, de acuerdo con la cual: una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de una ley anterior. En consecuencia, la expresión

que aquí se acusa en estos casos no tendría operancia.

No sucede lo mismo con quienes para esa fecha aún no habían cumplido los requisitos para gozar de tal pensión, pues frente a ellos simplemente existía una mera expectativa o probabilidad de obtener algún día ese beneficio, esto es, cuando cumplieran la condición faltante. Por tanto, bien podía el legislador modificar esas expectativas de derecho, sin vulnerar norma constitucional alguna.

En razón de lo anotado, se procederá a declarar exequible la expresión acusada del literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, siempre y cuando se entienda que **las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia dicha ley, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989**, quedan a salvo de la nueva normatividad por constituir derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer..." (Subrayado fuera de texto)

Y decidió:

"Declarar exequible la expresión "...vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980..." contenida en el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer."

El Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", con ponencia del Consejero, Doctor William Hernández Gómez, el 17 de noviembre de 2016 en el expediente con Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00051-01(1028-14), al examinar la incidencia de la Sentencia C-489 de 2000 proferida por la Corte Constitucional, concluyó:

"...De lo transcrito se observa que la Corte Constitucional fue clara en indicar que los docentes a los cuales **no se les aplica el**

ordinal 2.º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁴, son los que hubiesen consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia de la ley (29 de diciembre de 1989), caso que no se presentó en el presente asunto, por cuanto la demandante **habría consolidado su derecho el 23 de febrero de 2011⁵, por ende, pese a que ingresó a laborar como docente en el municipio de Neiva el 22 de febrero de 1985⁶, antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, **tenía una mera expectativa o probabilidad de obtener algún día ese beneficio, consecuentemente, quedó incluida dentro de dicha normativa...**" (Resaltado fuera de texto)**

Conforme al análisis jurisprudencial transcrito, la Sala verificará el cumplimiento de los requisitos de la actora, para hacerse acreedora a la pensión gracia solicitada.

2. CASO CONCRETO

1.1. De lo probado en el proceso

De manera relevante, en el proceso se acreditó lo siguiente:

- La demandante nació el 02 de diciembre de 1958, tal como consta en el Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 17 del expediente, por lo que el 02 de diciembre de 2008, cumplió 50 años de edad.

- Mediante certificado de información laboral, (fl. 26) se observa que la señora Alba Stella Mejía Ruiz, presta sus servicios en el nivel Básica Primaria, Vinculación como NACIONALIZADA en forma continua y prestó sus servicios así:

- En la Escuela Rural Municipal Grande – Vereda Tapias – Chiscas,

⁴ No obstante que la sentencia se refiere al ordinal 2º se entiende que se trata del literal b) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que dispuso "B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

⁵ Fecha en la que cumplió los 50 años de edad, toda vez que nació el 24 de febrero de 1961 (folio 35 del cuaderno principal 1)

⁶ Folio 32 del cuaderno principal 1.

posesionada por nombramiento a través de Decreto 002 del 28 de enero de 1976, desde el 1º de febrero al 30 de noviembre de 1976.

- Escuela Rural Municipal de las Higueras- Vereda Centro- Chiscas, posesión por nombramiento a través del Decreto 002 del 26 de enero de 1977, desde el 1 de febrero al 15 de agosto de 1977.
- Colegio Departamental Agrícola – Chiscas, posesión por nombramiento Decreto 968 del 9 de agosto de 1984, desde el 23 de agosto de 1984 al 4 de mayo de 1997.
- Concentración el Dorado – Tunja, Traslado, Resolución No. 1311 del 5 de mayo de 1997, desde la misma fecha hasta la presentación de la demanda.

- De conformidad con certificación expedida por la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario del Departamento de Boyacá, revisada la hoja de vida de la demandante, no se encontró antecedentes de investigación disciplinaria alguna contra la misma (fl. 22).

- a través de certificación expedida por el Profesional Especializada de Recursos Humanos y Físicos de la Alcaldía Mayor de Tunja, la demandante no registra sanción impuesta por la Junta Seccional de Escalafón (fl. 24).

1.2. Análisis de la Sala

Para comenzar, la Sala considera evidentemente desacertado el razonamiento esgrimido por la UGPP acerca de la falta de valor probatorio de las certificaciones y documentos diferentes a los actos administrativos de nombramiento originales o en copia auténtica para efectos de verificar los servicios prestados por la accionante, debido a que ese argumento se basa en un formalismo que, además de ser excesivo e injustificado, no cuenta actualmente con soporte legal. Al respecto, la accionada dentro del trámite del proceso fundamentó esta tesis en la Ley 50 de 1886, que en sus los artículos 7º y 8º exponían:

*"(...) ARTÍCULO 7o. No es admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que debe constar por documentos o por pruebas preestablecidas por las leyes. Así los servicios de un militar, los cuales deben comprobarse con su hoja de servicios debidamente formada y calificada; **los empleos que haya tenido un ciudadano, los cuales deben constar de los respectivos***

nombramientos; los servicios de un individuo, que deben constar en los actos oficiales que ejecutara y de que debió quedar prueba escrita; y todos los hechos de la misma naturaleza, deben probarse con los respectivos documentos o sus copias auténticas.

ARTÍCULO 8o. En el caso de que se pruebe que los archivos donde han debido reposar las pruebas preestablecidas de los hechos que deben comprobarse con arreglo a esta ley o al Código Militar, han desaparecido, el interesado debe recurrir a aquellos documentos que pueden reemplazar los perdidos o hacer verosímil la existencia de éstos, ocurriendo para ello a las otras oficinas o archivos donde pueden hallarse estas pruebas. La prueba testimonial no es admisible sino en caso de falta absoluta bien justificada de prueba preestablecidas y escritas; dicha prueba testimonial debe llenar, además de las condiciones generales, las que se especifican en el artículo siguiente. **La prueba supletoria es también admisible cuando se acredite de un modo satisfactorio que no se pudo establecer oportunamente prueba escrita y las razones por las cuales esto sucedió. (...)**" (Negrilla fuera del texto original)

Para la Sala no solamente resulta clara la ausencia de vigencia de la referida norma, después de más de un siglo de cambios en las disposiciones que rigen los reconocimientos pensionales y las ritualidades en los procedimientos administrativos y contenciosos, sino que considera reprochable que la entidad se escude en ella para desconocer el principio de eficacia⁷ con el que debe guiar su actuación, así como su deber de requerir la documentación directamente y de forma oficiosa a la entidad respectiva en caso de dudas acerca de la autenticidad de las pruebas presentadas por el ciudadano en sede administrativa, en consonancia con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 9 del Decreto-Ley No. 019 de 2012, que señala:

⁷ CPACA, Art. 3 "(...) PRINCIPIOS. **Todas las autoridades** deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.
(...)

11. En virtud del **principio de eficacia**, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, **removerán de oficio los obstáculos puramente formales**, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, **en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa**.
(...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

"(...) A partir del 1 de enero de 2013, las entidades públicas contarán con los mecanismos para que cuando se esté adelantando una actuación ante la administración y los documentos reposen en otra entidad pública, el solicitante pueda indicar la entidad en la cual reposan para que ella los requiera de manera directa, sin perjuicio que la persona los pueda aportar. **Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública.** (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Asimismo, el Consejo de Estado ha aceptado que el tiempo de servicios para efectos de la solicitud de reconocimiento de la pensión gracia incluso pueda ser certificado por los rectores de las instituciones educativas, siempre que se cumplan ciertos requisitos que hagan apta la prueba:

"(...) **lo importante de la prueba del tiempo de servicios y de la vinculación, no es la denominación que se le dé, ni la forma que adopte, sino el contenido de los datos puntuales que ofrezca alrededor del tipo de nombramiento, la autoridad que lo hace, la institución educativa a la que prestará los servicios, su naturaleza, y por supuesto los extremos temporales;** a efecto de esclarecer el cumplimiento de los requisitos especiales de que trata la Ley 114 de 1913 en los términos analizados. (...)"⁸ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Bajo este entendido, de lo probado en el proceso se extrae que las primeras vinculaciones de la accionante al servicio educativo oficial se produjeron entre los años 1976 y 1977 en el Municipio de Chiscas (fl. 26 y 29-30).

Conforme se colige de las pruebas allegadas, la señora Mejía Ruiz se encontraba vinculada como docente con nombramiento en propiedad desde antes del 31 de diciembre de 1980, pues, es de advertir que ha sido criterio sentado por este Tribunal⁹, que para acreditar la calidad de docente desde antes del 31 de diciembre de 1980, basta que exista designación mediante acto legal y reglamentario para el desempeño de la función, de lo contrario no se podría fungir como servidor público.

Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia en relación con los alcances del artículo 15, No. 2, literal A, de la Ley 91 de 1989 las

⁸ Consejo de Estado, Sección 2, Subsección B, 6 Abr. 2017, e52001-23-31-000-2014-00270-01(0585-16), S. Ibarra.

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 24 de abril de 2015, Rad. N°15001 2333 000 2014 00255 00, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

pretensiones de la demanda deben negarse por las siguientes razones:

Conforme a las disposiciones contenidas en la Sentencia C- 489 de 2000 proferida por la Corte Constitucional y la sentencia del Consejo de Estado proferida en el expediente con Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00051-01(1028-14) el 17 de noviembre de 2016, la actora no gozaba de un derecho adquirido antes del **31 de diciembre de 1980 pues a esa fecha no contaba con 20 años de servicios docentes, toda vez que para dicha fecha solamente contaba con 3 años de servicios docencia.**

Teniendo en cuenta el más reciente pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado en expediente con Radicación número: S-699, Actor: Wilberto Theran Mogollón, al revisar los alcances del artículo 15, No. 2, literal A, de la Ley 91 de 1989, los docentes que conservaron el derecho a la pensión gracia fueron quienes se vieron afectados por el proceso de nacionalización antes del 31 de diciembre de 1980, proceso que inició con la Ley 43 de 1975 – 1º de enero de 1976, luego para el caso concreto, además del incumplimiento del requisito de los 20 años consolidados, no se presentó tal prerrogativa, puesto que fue vinculada nuevamente como docente en el Colegio Departamental Agrícola – Chiscas, desde el 23 de agosto de 1984, es decir 7 años después de su última vinculación acaecida antes del 31 de diciembre de 1980, razón de más para tener por desestimadas las pretensiones de la demanda.

El más reciente pronunciamiento de este Tribunal, en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2017, con ponencia de la Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, en el proceso radicado con No. 15001-23-33-000-2017-00323-00, se dispuso al respecto, que atendiendo a lo dispuesto en la sentencia C-489 de 2000¹⁰ y en consonancia con la sentencia del Consejo de Estado¹¹, no se accedía a las pretensiones de la demanda, por incumplimiento de la totalidad de los requisitos para ser acreedor de dicha prerrogativa, así se dijo en la sentencia referida:

- *“Al tenor de la Sentencia C- 489 de 2000 proferida por la Corte Constitucional y la sentencia del Consejo de Estado proferida en el expediente con Radicación número: 41001-23-33-000-*

¹⁰ Sentencia C- 489 de 2000 proferida por la Corte Constitucional y la sentencia del Consejo de Estado proferida en el expediente con Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00051-01(1028-14) el 17 de noviembre de 2016.

¹¹ sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, el 17 de noviembre de 2016 en el expediente con Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00051-01(1028-14)

2013-00051-01(1028-14) el 17 de noviembre de 2016, la actora no gozaba de un derecho adquirido antes del **31 de diciembre de 1980 pues a esa fecha no contaba con 20 años de servicios docentes, apenas acreditaba 3 meses de vinculación docente.**

- Conforme a la sentencia proferida por el Consejo de Estado en expediente con Radicación número: S-699, Actor: Wilberto Theran Mogollón, al revisar los alcances del artículo 15, No. 2, literal A, de la Ley 91 de 1989, los docentes que conservaron el derecho a la pensión gracia fueron quienes se vieron afectados por el proceso de nacionalización antes del 31 de diciembre de 1980, proceso que inició con la Ley 43 de 1975 – 1º de enero de 1976 -
- La señora Hirma Nubia Jiménez Solano no se vio afectada por el proceso de nacionalización puesto que fue vinculada nuevamente como docente por el Departamento de Boyacá el **8 de febrero de 1994**, es decir **14 años después de su última vinculación** acaecida antes del 31 de diciembre de 1980".

Postura que igualmente asume esta Sala, no sin advertir que si bien en ocasiones anteriores, siguiendo jurisprudencia del Consejo de Estado, este Tribunal aceptó que siempre que hubiese una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1980, podía completarse el tiempo con servicios docentes posteriores, ahora rectifica su criterio acogiendo las jurisprudencias antes mencionadas, precisando que para que sea posible el reconocimiento de la pensión gracia aludida, es preciso haber cumplido con la **Totalidad** de los requisitos, para la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, (esto es el 29 de diciembre de 1989).

2. CONDENA EN COSTAS

Conforme al artículo 365 del CGP, se condenará en costas a quien sea vencido en el proceso. Las costas están conformadas por gastos del proceso y agencias en derecho. En materia de gastos del proceso, no se observa ninguno en que haya incurrido la demandada, pero en materia de agencias en derecho, se encuentra que ésta parte desplegó la actividad de un profesional del derecho para su defensa. En consecuencia, se condenará en costas a la demandante en cuantía de \$100.000 por concepto de agencias en derecho, en favor de la entidad demandada.

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: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme fue expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, liquídense por Secretaría y sígase el procedimiento establecido en el artículo 393 del C.P.C.

TERCERO: Por concepto de agencias en derecho en favor de la demandada se tasa la suma de \$100.000 a cargo de la demandante.

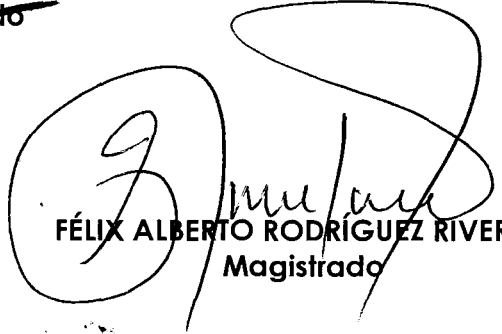
CUARTO: En firme la presente sentencia y libradas las comunicaciones respectivas, **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias de rigor.

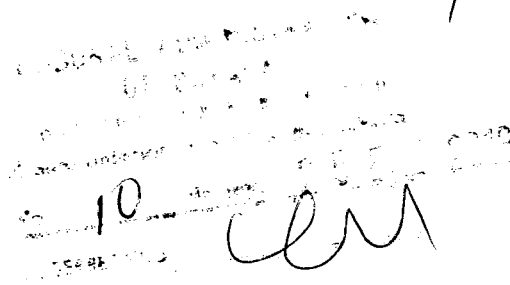
Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

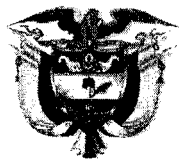

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVER
Magistrado


10

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 03 DE ORALIDAD

Tunja, veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Magistrado Sustanciador: **Dr. FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ISAGEN S.A E.S.P.
DEMANDADO: MUNICIPIO DE TUTA
RADICACIÓN 150012333000201600575-00

=====

Ingresa al Despacho el expediente de la referencia con informe secretarial de fecha 21 de noviembre de 2017, para continuar con la etapa procesal correspondiente.

Revisado el expediente, el Despacho advierte que se ha surtido en legal forma el trámite procesal indicado en el auto admisorio de la demanda, y vencido el término de traslado de la misma, corresponde ahora señalar fecha para llevar a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA; para cuyo efecto, se señalará la hora de las once de la mañana (11:00 a.m.) del día miércoles veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018), en las salas de audiencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, ubicado en el quinto piso del Palacio de Justicia Carrera 9 No. 20-62.

En atención de lo dispuesto en los numerales 2 y 4 del artículo 180 del CPACA, se recuerda a los interesados que la concurrencia de los apoderados de las partes procesales es obligatoria, que su ausencia no impedirá el desarrollo de la audiencia y por el contrario, sí acarreará sanciones pecuniarias y procesales.

De igual manera, como quiera que a folios 219-220 del cuaderno principal se advierte poder conferido por el Alcalde Municipal de Tuta al abogado Salomón Buitrago Fonseca, identificado con C.C.No. 79.263.425 de Bogotá y T.P.No. 231.481 del C.S.de la J., se le reconocerá personería para actuar como apoderado judicial de la entidad demandada en los términos y para los efectos del poder a él conferido.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

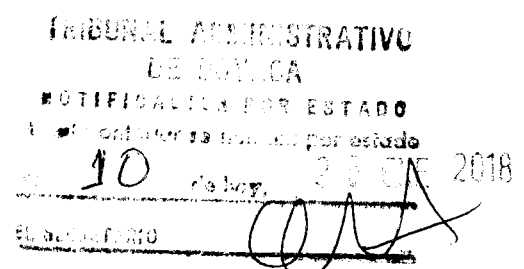
PRIMERO: SEÑALAR la hora de las once de la mañana (11:00 a.m.) del día miércoles veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018), para llevar a cabo LA AUDIENCIA INICIAL de que trata el artículo 180 del CPACA, que se desarrollará en las Salas de audiencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, ubicado en el quinto piso del Palacio de Justicia de la Carrera 9 No. 20-62.

Se advierte a los apoderados de las partes que su asistencia a la audiencia es obligatoria, so pena de hacerse acreedores de las sanciones legales y pecuniarias a que haya lugar.

SEGUNDO: RECONOCER personería al abogado Salomón Buitrago Fonseca identificado con CC.No. 79.263.425 de Bogotá, y T.P.No. 231.481 del C.S. de la J., para actuar en este proceso como apoderado judicial de la parte demandada, en los términos y para los efectos del poder a él conferido.

Notifíquese y cúmplase

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 03 DE ORALIDAD**

Tunja, veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Sustanciador: Dr. FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

MEDIO DE CONTROL: REPETICIÓN
EXPEDIENTE No. : 150012333000201600793-00
DEMANDANTE: AGENCIA NACIONAL DE MINERIA
DEMANDADO: MARIO BALLESTEROS MEJÍA
=====

Ingresa el expediente de la referencia con informe secretarial visible a folio 127 del cuaderno principal, para decidir lo que en derecho corresponda.

Visto el expediente, se advierte que han sido surtidas de forma completa y adecuadamente todas las actuaciones iniciales del proceso de la referencia, correspondiendo continuar con la etapa procesal descrita en el artículo 180 del CPACA, esto es la audiencia inicial.

Para tal fin, el Despacho fijará como fecha y hora para la referida diligencia el día miércoles veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018) a las dos y treinta de la tarde (2:30 PM) en las salas de audiencia del Tribunal Contencioso Administrativo ubicadas en el quinto piso del Palacio de Justicia de la Ciudad de Tunja de la Carrera 9 No. 20-62.

Al tenor de los numerales 2 y 4 del artículo 180 del CPACA se recuerda a los interesados que la concurrencia de los apoderados de las partes procesales es obligatoria, que su ausencia no impedirá el desarrollo de la audiencia y por el contrario sí acarreará sanciones pecuniarias y procesales.

De otra parte, se advierte a folio 126 del expediente poder conferido por el señor Mario Ballesteros Mejía al abogado JORGE ALBERTO BERNAL CONTRERAS identificado con cédula de ciudadanía No. 19.272.549 y portador de la T.P. 42.208 del C S de la J, para actuar como apoderado de la parte demandada dentro del trámite de la referencia, el cual se ajusta a las exigencias previstas en los artículos 74 y siguientes del CGP.

En mérito de lo anterior, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: FIJAR FECHA Y HORA para llevar a cabo la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA, en el asunto de la referencia, el día miércoles veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018) a las dos y treinta de la tarde (2:30 PM) en las Salas de Audiencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, ubicadas en el quinto piso del Palacio de Justicia de Tunja de la Carrera 9 No. 20-62, según las previsiones efectuadas en la parte motiva de la providencia.

Se previene a los apoderados de las partes que su asistencia a la audiencia es obligatoria, so pena de hacerse acreedores a las sanciones legales y pecuniarias a que haya lugar.

Igualmente, se informa a los señores apoderados de las partes que en el desarrollo de esta audiencia, se atenderá a lo previsto en el inciso final del artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, CPACA, que señala: *"cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la segunda etapa y procederá a dictar la sentencia dentro de la audiencia inicial, dando previamente a la partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión."*

SEGUNDO: RECONOCER personería jurídica al abogado JORGE ALBERTO BERNAL CONTRERAS identificado con cédula de ciudadanía No. No. 19.272.549 y portador de la T.P. 42.208 del C S de la J, como apoderado de la parte demandada en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 126 del expediente.

Notifíquese y cúmplase

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

MDM

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
Fecha anterior es notifica por estado
10 de hoy, 25 FEB 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 03 DE ORALIDAD**

Tunja, 14 ENE 2018

Magistrado Sustanciador: **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE: OSCAR MAURICIO BECARIA SUÁREZ
DEMANDADO: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
EXPEDIENTE No. : 150012333000201600881-00

Ingresa el expediente de la referencia con informe secretarial visible a folio 66 del cuaderno principal, para decidir lo que en derecho corresponda.

Visto el expediente, se advierte se han surtido de forma completa y adecuada las actuaciones iniciales del proceso de la referencia, correspondiendo continuar con la etapa procesal descrita en el artículo 180 del CPACA, esto es la audiencia inicial.

Para tal fin, el Despacho fijará como fecha y hora para la referida diligencia el día miércoles veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018) a las diez de la mañana (10: AM) en las salas de audiencias del Tribunal Contencioso Administrativo ubicadas en el quinto piso del Palacio de Justicia de la Ciudad de Tunja de la Carrera 9 No. 20-62.

Al tenor de los numerales 2 y 4 del artículo 180 del CPACA se recuerda a los interesados que la concurrencia de los apoderados de las partes procesales es obligatoria, que su ausencia no impedirá el desarrollo de la audiencia y por el contrario sí acarreará sanciones pecuniarias y procesales.

De otra parte, se advierte a folio 54 del expediente que el Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación confirió poder a la abogada Eliana María Cristancho Mesa identificada con cédula de ciudadanía No 33.378.418 y TP 182.517 del C S de la J, para actuar como apoderada principal de dicha entidad dentro del trámite de la referencia, el cual se ajusta a derecho por cumplir con las exigencias de los artículos 74 y siguientes del CGP.

No obstante lo anterior, se advierte que dicho poder fue revocado de manera tacita por la entidad accionada, pues el Jefe de la Jurídica de la Procuraduría General de la Nación confirió nuevo poder al abogado Héctor Enrique Rojas López, identificado con cédula de ciudadanía No 4.279.539 y TP 132.504 del Consejo Superior de la Judicatura el cual se ajusta a derecho por cumplir con las exigencias de los artículos 74 y siguientes del CGP (fol. 61 C1).

Si bien Eliana María Cristancho Mesa presentó renuncia al poder que le fue conferido el 30 de agosto de 2017, tal como se advierte en el oficio visible a folio 60 del expediente, no es posible darle trámite a la misma pues no se acompañó con el escrito de comunicación al poderdante como lo exige el inciso 4 del artículo 76 del CGP.

En mérito de lo anterior, el Despacho

R E S U E L V E:

PRIMERO: FIJAR FECHA Y HORA para llevar a cabo la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA, en el asunto de la referencia, el día miércoles veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018) a las diez de la mañana (10: AM) en las Salas de Audiencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, ubicadas en el quinto piso del Palacio de Justicia de Tunja de la Carrera 9 No. 20-62, según las previsiones efectuadas en la parte motiva de la providencia.

Se previene a los apoderados de las partes que su asistencia a la audiencia es obligatoria, so pena de hacerse acreedores a las sanciones legales y pecuniarias a que haya lugar.

SEGUNDO: RECONOCER PERSONERÍA para actuar como apoderada de la Procuraduría General de la Nación a la abogada Eliana María Cristancho Mesa identificada con cédula de ciudadanía No 33.378.418 y TP 182.517 del C S de la J, conforme a las facultades conferidas en el memorial poder visible a folio 54 del expediente.

TERCERO: DECLARAR terminado de manera tacita el mandato conferido a Eliana María Cristancho Mesa como apoderada de la entidad accionada, por designación de nuevo apoderado.

CUARTO: ABSTENERSE de dar trámite a la renuncia de poder presentada por la abogada Eliana María Cristancho Mesa, por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA para actuar como apoderado de la Procuraduría General de la Nación Héctor Enrique Rojas López, identificado con cédula de ciudadanía No 4.279.539 y TP 132.504, conforme a las facultades conferidas en el memorial poder visible a folio 61 del expediente.

Notifíquese y cúmplase

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

Img

SECRETARÍA DE JUSTICIA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
RECEPCION POR ESTADO
Si este documento se notifica por estado
No. 10 de hoy. 25 EN 2018
EL SECRETARIO



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja,

23 ENE. 2018

ACCIONANTE:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
ACCIONADO:	MUNICIPIO DE GÁMEZA - Acuerdo No. 018 del 14 de agosto de 2017
RADICACIÓN:	150012333000201700673-00
REFERENCIA :	VALIDEZ DE ACUERDO MUNICIPAL
TEMA:	ESCALA DE REMUNERACIÓN

Decide la Sala en única instancia la solicitud de invalidez del Acuerdo No. 018 del 14 de agosto de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE GÁMEZA, *"por medio del cual se fija el incremento salarial para los funcionarios de la administración central de la planta de personal del Municipio de Gámeza para la vigencia fiscal año 2017"*.

I. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD DE EXAMEN DE VALIDEZ

1.1. Petición de invalidez (f. 7)

El DEPARTAMENTO DE BOYACÁ solicitó que se declare la invalidez de los artículos 3° a 6° del Acuerdo No. 018 del 14 de agosto de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE GÁMEZA, en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 305-10 de la Constitución Política, con fundamento en los artículos 82 de la Ley 136 de 1994; 119, 120 y 121 del Código de Régimen Político Municipal; y 162 y 166 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. Fundamentos de derecho (ff. 2-8)

La entidad accionante citó como normas transgredidas los artículos 6, 121 y 313 de la Constitución Política; 1 al 4 y 15 al 20 del Decreto No. 785 de 2005; 41 de la Ley 136 de 1994; y 35 de la Ley 734 de 2002.

Para explicar el concepto de violación, la parte actora señaló que el acto acusado en los apartes antes indicados es violatorio de las normas 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 que 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"*.

Expuso 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.

Agregó 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 sí pueden existir distintas denominaciones de empleos en un mismo nivel con el mismo grado salarial.

2. TRÁMITE PROCESAL

La solicitud de examen de validez del Acuerdo No. 018 del 14 de agosto de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE GÁMEZA – BOYACÁ (ff. 12-17) y sancionado por el Alcalde de dicho ente territorial (f. 18), fue admitida mediante auto del 28 de septiembre de 2017 (f. 36), en virtud de lo cual la providencia fue notificada a las partes e intervinientes y el proceso fue fijado en lista por el término de diez (10) días, para dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 121 del Decreto Ley No. 1333 de 1986 y 171-1 del CPACA.

3. INTERVENCIONES

Dentro de la oportunidad legal, el Alcalde, el Concejo y el Personero del ente territorial accionado guardaron silencio.

3.1. Concepto del Ministerio Público

Dentro del término de fijación en lista, el Procurador 46 Judicial II Delegado para Asuntos Administrativos de Tunja emitió concepto pidiendo que se acceda a las pretensiones de la solicitud, con base en los siguientes argumentos (ff. 40-43):

Después de plantear el marco normativo aplicable al caso, concluyó que la competencia de las corporaciones públicas territoriales en materia salarial se encuentra reservada a la fijación de escalas salariales de acuerdo con los límites establecidos por el Gobierno Nacional, esto es, los grados y niveles dentro de los cuales se ubican los salarios.

Sostuvo que en el presente caso, la ilegalidad de las disposiciones acusadas era palmaria, ya que además de establecer la escala salarial respectiva, el Concejo había agregado una casilla al final en la que se establecía un máximo salarial, a pesar de que la asignación salarial es una función que corresponde al Alcalde.

II. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite de única instancia previsto para surtir esta clase de acciones y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir decisión de fondo.

1. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto se contrae a determinar si: *¿Se encuentra dentro de la competencia del Concejo Municipal fijar el incremento salarial anual de los empleados de la Administración Municipal?*

Para contestar el anterior interrogante, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

1.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

De acuerdo a la normatividad pertinente, la competencia para establecer y modificar los sueldos de los empleados de la Administración Municipal (incluyendo su incremento anual) es del Alcalde por mandato constitucional y al Concejo solo le corresponde fijar las escalas salariales, entendidas como la determinación sistemática, sucesiva y progresiva de los empleos del ente territorial mediante su agrupación en niveles, códigos y grados.

En el presente caso, se declarará la invalidez de los artículos enjuiciados porque sobrepasaron las atribuciones del Concejo Municipal al fijar sueldos y establecer la denominación de los empleos a los que estaban específicamente destinados. Adicionalmente, por integración de la unidad normativa se declarará la invalidez de la expresión inicial del artículo 1º del Acuerdo examinado, debido a que reproduce de manera general dicha determinación (establece el porcentaje general de incremento salarial), con el fin de que los efectos del fallo no sean inocuos.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

2.1. De la competencia de los Concejos Municipales para establecer la escala salarial de los empleos de la administración central.

Esta Corporación en oportunidad anterior¹ ya se había referido al tema debatido en el *sub lite*, por lo que se acoge 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.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.”
(Subraya fuera del texto original)

¹ TAB, 31 Mar. 2014, e1500012333000201300831-00, J. Ortiz.

La Corte Constitucional en la sentencia C-315 de 1995, donde analizó la exequibilidad del artículo precitado, consideró lo siguiente en relación con la competencia del Gobierno Nacional para fijar un tope máximo salarial en el nivel territorial:

"(...) 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. (...)" (Subraya fuera del texto original)

Por su parte, el numeral 7º 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 (...)" (Negrilla fuera del texto original)*

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia C-510 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. (...)'. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Al respecto, vale la pena referenciar 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 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...'.

² Sala de Decisión No. 1. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Expediente: 15001313301320010285801, Demandante: Moisés Suárez Bohórquez. Demandado: Departamento de Boyacá.

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. 7º) y los concejos municipales (art. 313 num. 6º) 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. (...)"
(Negrilla fuera del texto original)

De otra parte, el Decreto No. 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 2º 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 3º *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 dígito indica el nivel y los dos restantes la denominación o nombre del empleo (art. 15 D 785/2005).

A su turno, los artículos 16 al 20 *ibídem* integran la nomenclatura y la clasificación específica 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. 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.

Ahora bien, conforme al establecimiento de la escala salarial para los diferentes niveles de empleo de la administración central por parte del 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, 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 (Negrilla fuera del texto original)

Y sobre este concepto, el Concejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

“(...) 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,

³ Younes Moreno, Diego. *Derecho Administrativo Laboral*. Ed. Temis: 2001, p. 98.

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 - modificadorio del artículo 76 -.

A su vez, el artículo 41, numeral 21 - modificadorio 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 9º del artículo 76'.

A su turno, el artículo 57- 5 - modificadorio 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 - modificadorio 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 5º del artículo 187'. El artículo 62-3 - modificadorio 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'.

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

2.2. 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:

"(...) ARTÍCULO 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**. (...)"
(Negrilla fuera del texto original)

Por su parte, el inciso 1º 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

⁴ CE Consulta, 13 Dic. 2004, r1518 (ampliación), F. Rodríguez.

adquisitivo real del salario⁵. 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 dependen⁶.

En sentencia C-1064 de 2001 sostuvo sobre el particular la Corte Constitucional:

"(...) una 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; tomar medidas para que la igualdad sea real y efectiva; proteger especialmente al trabajo en todas sus modalidades; garantizar los medios para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante; asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas – y el mandato del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, es posible fundamentar un derecho constitucional en cabeza de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario.

Igual conclusión se impone de la interpretación constitucional a la luz de los tratados y convenios internacionales de protección al salario (artículo 93 inciso 2 C.P.). Es así como los Convenios 95 y 99 de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la protección del salario, aprobados respectivamente mediante las Leyes 54 de 1962 y 18 de 1968, refuerzan la conclusión según la cual el derecho a un salario justo presupone el derecho a mantener el poder adquisitivo del mismo. (...)"

Ahora bien, el artículo 150 Superior dispone:

"(...) 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 de la fuerza pública. (...)"* (Negrilla fuera del texto original).

⁵ CConst, C-815/1999, J. Hernández. Véanse igualmente las sentencias C-815 de 1999; C-1433 de 2000, C-1064 de 2001.

⁶ *Ibíd.*

Y el artículo 189 de la Carta Magna atribuyó al Presidente de la República la competencia para fijar los emolumentos de los cargos de la Administración Central, conforme a la Ley, indicando:

"(...) ARTÍCULO 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. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

En desarrollo del precepto 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*. Además, sobre el reajuste salarial, el artículo 4 de la citada Ley 4ª de 1992 estatuye:

"(...) ARTÍCULO 4o. <aportes tachados inexecutable> Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2o. 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 1º 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. (...)"*⁷

⁷ La anterior normativa fue declarada condicionalmente executable mediante sentencia de la Corte Constitucional C-710 de 22 de septiembre

"(...) 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 empleados en mención, es algo que encaja perfectamente dentro del cometido y papel atribuidos por la Constitución y la jurisprudencia al Congreso Nacional en estas materias. Es decir, el Congreso no vulnera la aludida distribución de competencias, sino que, por el contrario, responde a ella cabalmente, cuando señala un tiempo máximo de vigencia de cada régimen salarial, que debe ir en aumento, al menos año por año, con el fin de resguardar a los trabajadores del negativo impacto que en sus ingresos laborales producen la pérdida del poder adquisitivo y el encarecimiento del costo de vida en una economía inflacionaria. En la disposición examinada se aprecia una ostensible violación de la Carta Política, en cuanto se delimita la acción gubernamental, forzando que tenga lugar apenas dentro de los diez primeros días del año, llevando a que, transcurridos ellos, pierda el Gobierno competencia, en lo que resta del año, para 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 declarará inexecutable las expresiones demandadas, aunque dejando en claro 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

A su vez, el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992⁸ 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 (…)** (Negrilla fuera del texto original)

3. CASO CONCRETO

3.1. Disposiciones acusadas

Los artículos cuya invalidez se solicita son los siguientes:

“(…) ARTICULO (sic) TERCERO.- Nivel directivo. Comprende empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos correspondiéndole el número cero (0).

DENOMINACION (sic)	CODIGO (sic)	GRADO	ESCALA SALARIAL
SECRETARIO DE DESPACHO (Secretaria de Planeación, Obras Públicas y Control	020	13	\$1.985.571

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 necesidades y conveniencias sociales, económicas y laborales, decretar otros, ya sin la restricción que se declara inconstitucional.
(…)

En el entendido de que se retira del ordenamiento jurídico por haber invadido el Congreso la órbita 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 resolutive y es, por tanto, obligatorio. (…)

⁸ 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.” (Subraya fuera del texto original)

Interno)			
Jefe de Oficina (Director Umata)	006	12	\$1.952.534
Secretario de Despacho (Secretaria de Hacienda)	020	11	\$1.631.555
Jefe Unidad de Servicios Públicos	006	08	\$1.436.397

ARTICULO (sic) CUARTO.- Nivel Profesional. Agrupa los empleos a los cuales corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley, correspondiéndole el numero dos (2)

	CODIGO (sic)	GRADO	ESCALA SALARIAL
Comisario de Familia	202	14	\$2.123.065

ARTICULO (sic) QUINTO.- Nivel Técnico. Agrupa los empleos a los cuales corresponden funciones que exigen el desarrollo de procesos y aplicaciones de tecnologías, correspondiéndole el número tres (03) (sic)

DENOMINACION (sic)	CODIGO (sic)	GRADO	ESCALA SALARIAL
TECNICO (sic) OPERATIVO (Umata)	314	07	\$1.191.592
INSPECTOR DE POLICIA (sic)	303	09	\$1.515.838

ARTICULO (sic) SEXTO.- Nivel Asistencial. Agrupa los empleos a los cuales corresponden funciones que implican el ejercicio de actividades de orden administrativo, complementarias de alas tareas propias de los niveles superiores correspondiéndoles (sic) el número cuatro (04) (sic)

DENOMINACION (sic)	CODIGO (sic)	GRADO	ESCALA SALARIAL
SECRETARIO EJECUTIVO Y JEFE DE RECURSO HUMANO (Despacho del Alcalde)	440	10	\$1.541.050
Secretario (Concejo)	440	06	\$987.803
Auxiliar Administrativo (Ente Deportivo y de Cultura)	407	05	\$977.800
Secretaria (Personería)	440	04	\$971.972
Conductor Mecánico	480	03	\$966.962
Operario (Unidad de Servicios Públicos)	487	01	\$935.047

(...)"

3.2. Análisis de la Sala

Descendiendo al caso concreto, la Sala comparte la posición del Ministerio Público en el sentido de advertir que la ilegalidad de los apartes acusados aparece de bulto, lo cual se evidencia del mismo título del Acuerdo bajo examen.

En el sub lite, el CONCEJO MUNICIPAL DE GÁMEZA no se limitó a establecer la escala de remuneración del ente territorial sino que fue más allá, fijando el incremento salarial para cada uno de los empleos. En otras

palabras, la corporación de elección popular no solo agrupó los empleos en los niveles determinados en el Decreto No. 758 de 2005, otorgándoles código y grado, sino que impuso el sueldo para cada empleo con su denominación específica, lo cual se traduce en la arrogación de las competencias que la Constitución le asignó al Alcalde de la localidad.

Por lo anterior, la Sala declarará la invalidez de los artículos 3° a 6° del Acuerdo No. 018 del 14 de agosto de 2017.

Adicionalmente, esta Corporación no puede pasar por alto que la expresión inicial del artículo 1° del Acuerdo en mención, si bien no fue demandada, guarda concordancia con las disposiciones que se expulsarán del ordenamiento y por eso debe ser objeto de análisis. La norma a su tenor literal reza:

*"(...) ARTÍCULO PRIMERO: **se incrementa el 9%** (sic) Adóptese la clasificación y nomenclatura de los empleados de la Alcaldía Municipal de Gámeza en los siguientes niveles: (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Al respecto, se observa que el Concejo Municipal en la expresión en comento concretó (aunque de manera poco técnica y deficiente en términos gramaticales) el incremento salarial del año 2017, para luego discriminarlo en los artículos antes examinados. Por ende, si se dejara incólume esta disposición, los efectos de la presente sentencia serían inocuos, ya que en todo el caso el Concejo Municipal habría fijado los salarios de los empleados del ente territorial y vaciaría la competencia del Alcalde, quien no podría ejercer su atribución al existir un acto previo que en este aspecto preservaría su presunción de legalidad.

Bajo este contexto y tratándose el presente de un juicio de especial de constitucionalidad y legalidad⁹, esta Corporación también declarará la invalidez de la expresión "**se incrementa el 9%**" contenida en el artículo 1° del Acuerdo No. 018 del 14 de agosto de 2017, por integración de la unidad normativa. Sobre esta figura, la Corte Constitucional ha expresado lo que sigue:

⁹ CConst, C-689/1999, F. Morón: "(...) La facultad que le atribuyó el Constituyente a los gobernadores, a través del numeral 10 del artículo 305 de la C.P., **se traduce en un especial control de constitucionalidad y legalidad**, que se radica en cabeza de esos funcionarios, facultad que se encuentra desarrollada de manera concreta en el artículo 119 del Decreto Ley 1333 de 1986, demandado por el actor, que establece que se ejerza por parte del gobernador, en un término no superior a veinte días, sobre los actos que producen los concejos municipales, en ejercicio de las competencias que la Carta Política les reconoce a las autoridades de esas entidades territoriales, de las cuales se predica la autonomía para manejar sus propios asuntos. (...)"

"(...) 9. La jurisprudencia constitucional ha identificado las condiciones que deben cumplirse para que proceda la **integración normativa** en el marco del control de constitucionalidad.

(...)

En ese orden de ideas, la integración normativa opera en dos eventos específicos: El primero, cuando se realiza con el fin de completar el sentido de la disposición acusada, de manera que el texto resultante de la integración conforme un enunciado autónomo e inteligible. El segundo, destinado a **incorporar al análisis otras disposiciones de análogo contenido normativo, con el fin que también sean cobijadas por los efectos de la sentencia y, de esta manera, se preserve la seguridad jurídica y el principio de supremacía constitucional, evitándose que el fallo se torne inocuo.** Tradicionalmente, el primer supuesto es denominado conformación de la proposición jurídica completa y **el segundo, el de la integración de la unidad normativa.** (...) "¹⁰ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En conclusión, la Sala declarará la invalidez de los artículos acusados, es decir, los artículos 3° a 6° del Acuerdo No. 018 del 14 de agosto de 2017, y además, con el fin de evitar que los efectos de la sentencia sean inanes, por integración de la unidad normativa también declarará la invalidez de la expresión "se incrementa el 9%" contenida en el artículo 1° del mismo acto.

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: DECLARAR la invalidez de la expresión "se incrementa el 9%" contenida en el artículo 1° y los artículos 3° a 6° del Acuerdo No. 018 del 14 de agosto de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE GÁMEZA, por las razones expuestas en precedencia.

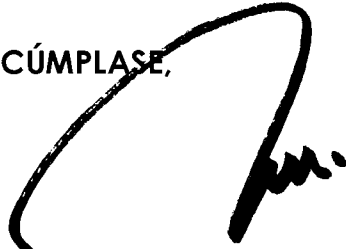
SEGUNDO: Por Secretaría, **COMUNICAR** la presente providencia al Departamento de Boyacá, al Alcalde Municipal, al Presidente del Concejo y al Personero Municipal de Gámeza (Boyacá), adjuntado copia de la presente providencia.

TERCERO: En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

¹⁰ CConst, C-107/2017, L. Vargas.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

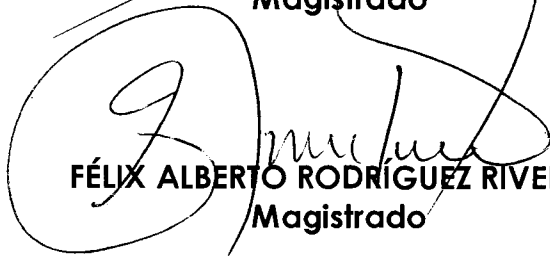
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



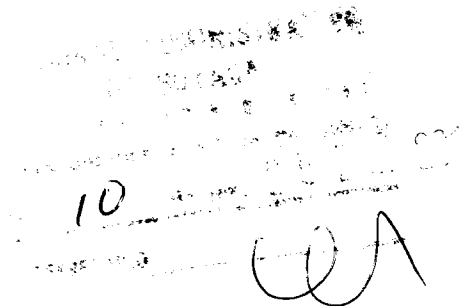
JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado





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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **23** ENE. 2018

ACCIÓN:	VALIDEZ DE ACUERDO
REFERENCIA:	150012333000-2017-00745-00
DEMANDANTE:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE UMBITA
TEMA:	VALIDEZ DE ACUERDO 002 DE FEBRERO DE 2017

Agotados los ritos propios del Decreto 1333 de 1986, profiere la Sala sentencia de única instancia.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, a través de apoderada judicial, promovió la acción constitucional de Control de Validez frente al Acuerdo No. 002 del 07 de febrero de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Úmbita.

1.1. Declaraciones y condenas

Pretende la parte actora se declare la invalidez del Acuerdo Municipal No. 002 de 07 de febrero de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Úmbita **“POR MEDIO DEL CUAL SE OTORGA FACULTADES AL ALCALDE MUNICIPAL DE UMBITA PARA QUE ADICIONE AL PRESUPUESTO PRINCIPAL DE RENTAS Y GASTOS DE LA PRESENTE VIGENCIA LAS PARTIDAS DE DESTINACIÓN ESPECÍFICA”**

Finalmente, 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 Úmbita, expidió el Acuerdo No. 002 del 07 de febrero de 2017, **“POR MEDIO DEL CUAL SE OTORGA FACULTADES AL ALCALDE MUNICIPAL DE UMBITA PARA QUE HAGA ADICIONES AL PRESUPUESTO MUNICIPAL DE RENTAS Y GASTOS DE LA PRESENTE VIGENCIA, LAS PARTIDAS DE DESTINACIÓN ESPECÍFICA”**

El Acuerdo N° 002 fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 15 de septiembre de 2017.

Así mismo, manifestó que realizada la revisión jurídica ordenada en el artículo 305, numeral 10 de la Constitución Política de Colombia se observó que el Acuerdo objeto de esta demanda es contrario a la Ley.

1.1. Fundamentos de derecho

De las transcripciones de conceptos emitidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública y citas doctrinales efectuadas en el libelo se extrae que el cargo en el que se sustenta la presente solicitud de examen de validez consiste en la imposibilidad del Concejo Municipal para conceder facultades al Alcalde con el fin de modificar el presupuesto, debido que se trata de una competencia exclusiva del cuerpo colegiado.

2. TRÁMITE PROCESAL

La solicitud de examen de validez del Acuerdo No. 002 del 07 de febrero de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE UMBITA– BOYACÁ (fl. 10-11) y sancionado por el Alcalde de dicho ente territorial (fl. 12), fue admitida mediante auto del 11 de octubre de 2017 (fl. 35), en virtud de lo cual la providencia fue notificada a las partes e intervinientes, y el proceso fue fijado en lista por el término de diez (10) días para dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 121 del Decreto Ley No. 1333 de 1986 y 171-1 del CPACA.

3. INTERVENCIONES

Dentro del término de fijación en lista, la Alcaldía, el Concejo y la Personería del MUNICIPIO DE UMBITA guardaron silencio. De igual forma, no se presentó intervención ciudadana.

3.1. Concepto del Ministerio Público

No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite de única instancia previsto para surtir esta clase de acciones y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir decisión de fondo.

1. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto se contrae a determinar si: *¿resulta contrario a derecho que el Concejo Municipal de Úmbita, mediante el Acuerdo No. 002 del 07 de febrero de 2017, autorice al Alcalde de la localidad para adicionar el presupuesto?*

1.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

De acuerdo a la normatividad y jurisprudencia aplicable, así como los principios democrático y de legalidad, se concluye que (i) la competencia para adicionar el presupuesto es exclusiva del Concejo Municipal, a iniciativa del Alcalde y, en consecuencia, (ii) al Alcalde le está vedado adicionar el presupuesto directamente, (iii) y tampoco el Concejo está facultado para autorizar al mencionado mandatario para tal fin.

Por lo anterior, la Sala declarará la invalidez del acto enjuiciado, en razón a que, por una parte, concede facultades al Alcalde para adicionar el presupuesto para las partidas de destinación específica, lo cual se constituye en una competencia indelegable del Concejo.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

El presupuesto público es una herramienta fundamental para la ejecución de la política económica del Estado y a su vez se constituye en un mecanismo de racionalización a través del cual se efectúa una estimación anticipada de los ingresos y una autorización de los gastos públicos que han de ejecutarse dentro del período fiscal respectivo¹.

Como instrumento de gobierno y control, se fundamenta, entre otros, en los principios de separación de poderes y legalidad², los cuales se expresan en los artículos 338 y 345 de la Constitución, que en lo pertinente preceptúan:

"(...) ARTÍCULO 338. 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.

(...)

ARTÍCULO 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

¹ CConst, C-015/2016, J. Pretelt y CConst, C-652/2015, L. Guerrero.

² CConst, C-652/2015, L. Guerrero.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto. (...) (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este sentido, el principio de legalidad en materia presupuestal implica, por una parte, que "no se puede percibir una renta o efectuar un gasto que no se encuentren incorporados en el presupuesto"³, y por otra, que "el presupuesto de la nación, como un estimativo de los ingresos y autorización de los gastos públicos, debe ser fijado por el Congreso"⁴.

Esto último se relaciona con el aludido principio de separación de poderes, que en el nivel nacional se refiere a que es al Congreso y no al Gobierno, a través de la ley anual de presupuesto, a quien corresponde decretar y autorizar los gastos del Estado, salvo cuando se declaran estados de excepción⁵. No obstante dicho principio también irradia el proceso presupuestal en las entidades territoriales.

Como es sabido, las corporaciones de elección popular de las entidades territoriales no hacen parte de la Rama Legislativa sino de la Ejecutiva; empero, como el Congreso, cumplen una función de representación popular y de control político frente a la Administración, que hace que sean semejables en ciertos aspectos específicos. Por ende, aun cuando en estricto sentido no pueda predicarse que la arrogación de una atribución de dichas corporaciones por parte del Representante Legal del respectivo ente territorial configure una ruptura al principio de separación de poderes, una actuación de tal tipo sí afecta el principio democrático en la medida que menoscaba el papel de la representación popular en la toma de decisiones que pertenecen privativamente a los mencionados organismos.

La influencia del principio democrático en el proceso presupuestal ha sido explicado por la Corte Constitucional así:

"(...) 11. El conjunto de reglas que fija la Constitución Política en materia de la determinación del presupuesto, está basada en la vigencia efectiva del principio democrático, a través de la sujeción de la definición del gasto público a la decisión de los órganos de representación. Así, en los términos del artículo 345 C.P., en tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni

³ CConst, C-947/2002, R. Escobar.

⁴ CConst, C-148/2003, J. Córdoba.

⁵ CConst, C-652/2015, L. Guerrero. En el mismo sentido, ver: CConst, C-357/1994, J. Arango; y CConst, C-192/1997, A. Martínez.

hacer erogación al tesoro que no se halle incluida en el de gastos. De manera correlativa, el precepto constitucional dispone que **tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales**, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto. A su vez, el artículo 347 C.P. establece que el proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Estas condiciones han sido enmarcadas por la doctrina bajo el **principio de legalidad del presupuesto**. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De allí que el numeral 5° del artículo 313 Superior sostenga, frente al orden municipal, lo que se cita enseguida:

“(…) ARTÍCULO 313. Corresponde a los **concejos**:
(...)
5. **Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos**. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

En concordancia con lo anterior, el artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 1551 de 2012, en su numeral 9° expone:

“(…) ARTÍCULO 32. ATRIBUCIONES. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los **concejos** las siguientes.
(...)
9. **Dictar las normas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos**, el cual deberá corresponder al plan municipal o distrital de desarrollo, teniendo especial atención con los planes de desarrollo de los organismos de acción comunal definidos en el presupuesto participativo y de conformidad con las normas orgánicas de planeación. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, dentro en la etapa de ejecución del presupuesto naturalmente pueden presentarse situaciones en las que sea necesario adecuar el mismo a nuevas condiciones económicas o sociales que, por diferentes motivos, no fueron previstas durante la etapa de programación⁶. Para esos fines fueron establecidas reglas para la modificación del presupuesto, que en el Estatuto Orgánico del Presupuesto (EOP) están contempladas en los artículos 76 a 88 y son aplicables a las entidades territoriales en virtud de lo dispuesto en los artículos 352 y 353 Constitucionales, y 109 del mismo estatuto⁷.

⁶ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General del Presupuesto Público Nacional. Aspectos Generales del Proceso Presupuestal Colombiano (2ª Ed.). Bogotá: 2011, p. 120.

⁷ “(…) 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

Estas modificaciones pueden ser de tres tipos, a saber: reducción o aplazamiento de las apropiaciones presupuestales, adiciones al presupuesto o créditos adicionales y traslados presupuestales. El Consejo de Estado, al referirse a esas figuras, las ha distinguido como sigue:

"(...) 1. La **reducción o el aplazamiento de las apropiaciones presupuestales**, total o parcialmente, porque los recaudos del año pueden ser inferiores a los compromisos; o no se aprobaron nuevos recursos; o los nuevos recursos aprobados resultan insuficientes; o no se perfeccionan los recursos de crédito autorizados; o por razones de coherencia macroeconómica. (...)

2. Las **adiciones al presupuesto o créditos adicionales**, para aumentar el monto de las apropiaciones o complementar las insuficientes, o ampliar los servicios existentes, o establecer nuevos servicios autorizados por la ley. La jurisprudencia distingue los créditos suplementales, que corresponden al aumento de una determinada apropiación, y los créditos extraordinarios, cuando se crea una partida. (...)

3. Los **movimientos presupuestales** consistentes en aumentar una partida (crédito) disminuyendo otra (contracrédito), sin alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal, o sea, que sólo afectan el anexo del decreto de liquidación del presupuesto, se denominan 'traslados presupuestales internos'. (...)"⁸ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De acuerdo al órgano de cierre de esta jurisdicción, las adiciones presupuestales necesariamente deben ser tramitadas por el Congreso a iniciativa del Gobierno "porque se están variando las partidas que el mismo Congreso aprobó"⁹. Traslado lo anterior a las entidades territoriales, el Alto Tribunal ha sido enfático al afirmar que "la competencia para modificar o adicionar el presupuesto de rentas del municipio radica en el Concejo Municipal a iniciativa del Alcalde, teniendo en cuenta los principios constitucionales y los principios contenidos en la Ley Orgánica del Presupuesto"¹⁰, de forma que no puede este último directamente ejercer una atribución que de manera exclusiva y excluyente le corresponde al cabildo municipal. Se excepciona de esta regla el supuesto contemplado en el artículo 29 literal g) de la Ley 1551 de 2012, alusivo a la incorporación de recursos de cofinanciación de proyectos.

Por otra parte, un cuando el numeral 3º del artículo 313 de la Constitución preceptúe que los Concejos Municipales están facultados para autorizar al Alcalde respectivo para ejercer precisas funciones de

entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente. (...)" (Negrilla fuera del texto original)

⁸ CE Consulta, 5 Jun. 2008, e11001-03-06-000-2008-00022-00(1889), W. Zambrano.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ CE 1, 16 Oct. 2014, r 2013-00222-01, M. Rojas

las que corresponden a aquel, ha sido posición reiterada de este Tribunal que la mentada disposición no cobija las modificaciones al presupuesto, so pena de verse quebrantados los principios democrático y de legalidad. Sobre esta circunstancia específica, en otras oportunidades esta Corporación se ha pronunciado así:

*"(...) No obstante, y a pesar de que se haga en uso de las facultades pro tempore establecidas en el artículo 313-36 Superior, el Concejo no puede facultar al Alcalde Municipal para llevar a cabo adiciones ejecutivas al presupuesto municipal. En tanto que el ordenamiento constitucional y legal proscribe las adiciones ejecutivas a los presupuestos de las entidades territoriales (Nación, Departamento y Municipio). Por lo que jamás el Concejo Municipal puede desprenderse de la atribución constitucional y legal que tiene en materia presupuestal para radicarla en cabeza del Alcalde. (...)"*¹¹ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Y más recientemente se expuso:

*"(...) conceder facultades pro-tempore de esta naturaleza [adición] en materia presupuestal, resulta inconstitucional y rompe el principio de legalidad pues, en el orden municipal, es de reserva legal del Concejo Municipal, como cuerpo colegiado local determinar cómo se invierten los dineros del erario público (sic), es decir, como lo prevé el artículo 345 de la C.P., establecer el presupuesto. (...)"*¹² (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por lo tanto, se concluye que (i) la competencia para adicionar el presupuesto es exclusiva del Concejo Municipal, a iniciativa del Alcalde y, en consecuencia, (ii) al Alcalde le está vedado adicionar el presupuesto directamente, (iii) y tampoco el Concejo está facultado para autorizar al mencionado mandatario para tal fin.

3. CASO CONCRETO

En el presente caso, el acto administrativo cuestionado acordó (f. 10-11):

"(...) ARTÍCULO PRIMERO: otórguese, a partir de la vigencia del presente acuerdo facultades extraordinarias al Alcalde Municipal de Úmbita, para que adicione al presupuesto de rentas y gastos del municipio de Úmbita, de la presente vigencia las partidas que tengan destinación específicas.

*ARTICULO SEGUNDO: El Alcalde Municipal enviará al Concejo Municipal copia de los Decretos que expida en desarrollo de las facultades concedidas en el presente acuerdo en el término de quince (15) días después de expedidos los Actos Administrativos.
(...)*

¹¹ TAB, 13 Ago. 2014, r 2014-0266-00, F. Afanador.

¹² TAB, 22 Jul. 2016, e150012333000201600307-00, O. Granados.

ARTICULO CUARTO: El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su sanción y publicación y tiene vigencia hasta el día treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018). (...)" (Subraya fuera del texto original)

De lo anterior se extrae que la corporación de elección popular autorizó al Alcalde del MUNICIPIO DE ÚMBITA (hasta el 31 de enero de 2018) para adicionar el presupuesto (i) con recursos de destinación específica, en los términos del artículo 29 literal g) de la Ley 1551 de 2012.

Frente a lo primero, como fue expuesto extensamente en el acápite precedente, **la facultad para adicionar el presupuesto del ente territorial está radicada de forma exclusiva y excluyente en el Concejo Municipal**, de modo que el Alcalde no puede llevar a cabo tales actuaciones ya sea directamente o mediante autorización temporal de la mencionada corporación, so pena de transgredir los principios democrático y de legalidad. No obstante, a través del acto bajo estudio no se realiza una adición sino que se traslada esa competencia ilegalmente al burgomaestre.

En cuanto a lo segundo, el artículo 29 literal g) de la Ley 1551 de 2012 preceptúa:

"(...) ARTÍCULO 29. Modificar el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, el cual quedará así:

Artículo 91. Funciones. Los **alcaldes** ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes:

(...)

g) **Incorporar dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución. Los recursos aquí previstos así como los correspondientes a seguridad ciudadana provenientes de los fondos territoriales de seguridad serán contratados y ejecutados en los términos previstos por el régimen presupuestal.**

Una vez el ejecutivo incorpore estos recursos deberá informar al Concejo Municipal dentro de los diez (10) días siguientes. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este sentido, se censura la vulneración del artículo 345 de la Constitución Política, por cuanto el Acuerdo No. 002 de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Úmbita, autoriza al Alcalde a modificar el presupuesto municipal en lo relativo a sus adiciones, así lo dispuso el Acuerdo:

"(...) ARTÍCULO PRIMERO: otórguese, a partir de la vigencia del presente acuerdo facultades extraordinarias al Alcalde Municipal de Úmbita, para que adicione al presupuesto de rentas y gastos del municipio de Úmbita, de la presente vigencia las partidas que tengan destinación específicas.

Conforme a lo transcrito, se observa que el Acuerdo demandado trasgrede abiertamente el marco constitucional y legal, toda vez que dichas facultades radican única y exclusivamente en el Concejo Municipal en virtud de los principios de representación y legalidad del gasto, siendo entonces el concejo y no el Alcalde quien debe autorizar como se deben invertir los dineros del erario público.

Por todo lo expuesto, la Sala declarará la invalidez del Acuerdo No. 002 del 07 de febrero de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE ÚMBITA.

Finalmente, esta Corporación no puede pasar por alto que el Acuerdo enjuiciado fue sancionado por el Alcalde del MUNICIPIO DE ÚMBITA el 10 de febrero de 2017 (fl. 12); empero, su remisión al Gobernador para efectos de ejercer el control de validez no fue llevada a cabo sino hasta el 15 de septiembre de 2017 (fl. 10); esto es, ampliamente superado el término de 5 días establecido en el artículo 82 de la Ley 136 de 1994¹³. Por esa razón, se compulsarán copias con destino a la Procuraduría General de la Nación para que efectúe las investigaciones a que haya lugar.

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: DECLARAR la invalidez del Acuerdo No. 002 del 07 de febrero de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE ÚMBITA, **"POR MEDIO DEL CUAL SE OTORGA FACULTADES AL ALCALDE MUNICIPAL DE UMBITA PARA QUE ADICIONES AL PRESUPUESTO PRINCIPAL DE RENTAS Y GASTOS DE LA PRESENTE VIGENCIA LAS PARTIDAS DE DESTINACIÓN ESPECÍFICA"**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

¹³ "(...) 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. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

SEGUNDO: COMUNICAR la presente providencia al Departamento de Boyacá, al Alcalde Municipal, al Presidente del Concejo y al Personero Municipal de Úmbita (Boyacá).

TERCERO: Por Secretaría, **COMPULSAR** copias de esta providencia con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que efectúe las investigaciones a que haya lugar en lo relativo a la remisión extemporánea del Acuerdo No. 002 del 07 de febrero de 2017 al Gobernador para efectos de adelantar su control de validez.

CUARTO: En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

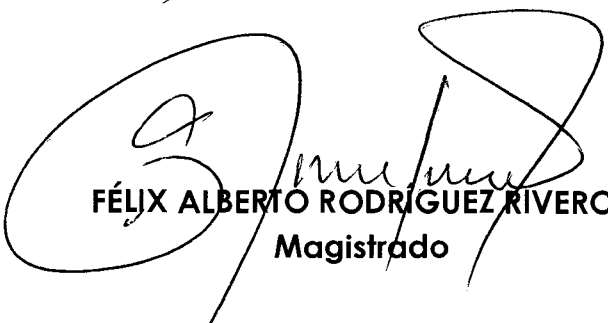
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



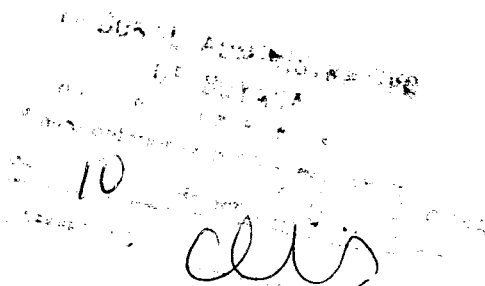
JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado



Handwritten notes and stamps, including the number 10 and a signature.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

DESPACHO No 4

MAGISTRADO: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja,

Referencia: **VALIDEZ DE ACUERDO MUNICIPAL**

Demandante: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**

Demandado: **MUNICIPIO DE VILLA DE LEYVA**

Radicación: **150012333000-2017-00777- 00**

Procede el Despacho a abrir a pruebas el proceso, en la siguiente forma:

- **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.**

Téngase como tales los documentos aportados con la demanda y apréciense con el valor probatorio que les corresponda. (fls. 6-152)

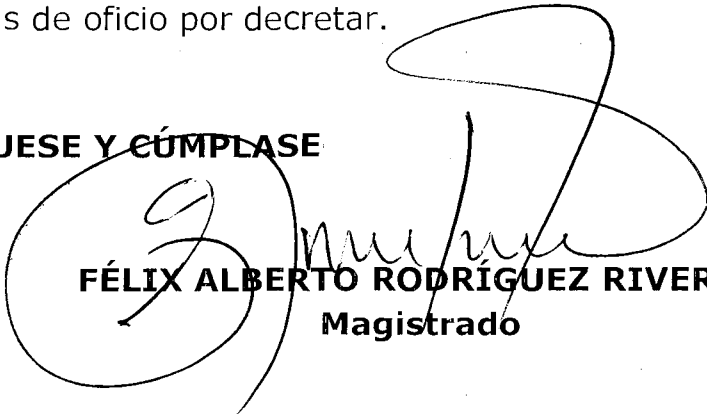
- **MUNICIPIO DE VILLA DE LEYVA**

El Municipio de Villa de Leyva no aportó ni petitionó la práctica de pruebas en la contestación de la demanda. (fls. 159-165)

DE OFICIO

Sin pruebas de oficio por decretar.

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. **10** Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, 25 DE JUL siendo las 8:00 A.M.

Secretaría



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja **23** ENE. 2018

DEMANDANTE:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
DEMANDADO:	FREDY ALEJANDRO ZAPATA DUARTE Y OTROS
REFERENCIA:	150012333000-2017-0986-00
MEDIO DE CONTROL:	REPETICIÓN

Ingresa el proceso de la referencia con informe secretaria, para resolver sobre la admisión del medio de control de Repetición interpuesta por **la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional** a través de apoderado judicial contra los señores **FREDY ALEJANDRO ZAPATA DUARTE, JAIME ORLANDO PIRAGUA MILLAN, NELSON EDUARDO AYALA BAUTISTA, OMEL RANGEL SANTAMARIA, JORQUE ARTURO ZAMBRANO, FABIO NELSON VARGAS ALARCON, MELQUISEDEC LOZANO LOZANO Y MELKIS LOAZA LOAIZA.**

En efecto, la demanda interpuesta está encaminada a que se declaren los demandados responsables del pago que le correspondió realizar a la entidad demandante por la condena impuesta en su contra por la muerte del señor Miguel Ulpiano Guatibonza Gutiérrez ocurrida el 8 de mayo de 2004.

Al respecto, como presupuesto del medio de control de Repetición, se consagra como regla general la oportunidad en término de la demanda ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En efecto, no cabe duda de que la caducidad es una institución jurídica que impide que las situaciones puedan ser debatidas en cualquier tiempo ante la jurisdicción, lo cual contrariaría el principio de seguridad jurídica y permitiría la permanencia indefinida de los conflictos en el tiempo¹. **Precisamente por su carácter de norma de orden público es posible que su configuración pueda ser declarada en tres momentos: i) al examinar la**

¹ Ver, por ejemplo: CE 3C, 10 Nov. 2016, e68001-23-15-000-1999-02767-01(35424), J. Santofimio: "(...) La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contenciosas administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general. (...)"

admisibilidad de la demanda (artículo 169 del CPACA), ii) a petición de parte o de oficio, como excepción (art. 180-6 CPACA) o, iii) en la sentencia (art. 187 CPACA); esto, en caso de no haber sido advertida con anterioridad.

Tratándose del medio de control de repetición, el literal l) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A. dispone:

*"Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, **el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código**".*
(resaltado y subraya fuera de texto)

De otra parte, el artículo 11 de la Ley 678 de 2001² señaló que:

*"La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años **contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública. Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas**".* (resaltado fuera de texto).

El texto normativo precitado, fue declarado **exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-394 de 2002, bajo el entendido de que la frase "Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago" se somete al mismo condicionamiento establecido en la sentencia C-832 de 2001, según el cual el término de caducidad de la acción de repetición empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el inciso cuarto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo**³.

Bajos los preceptos anteriores y conforme a reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁴, se debe entender que existen dos momentos a partir de los cuales puede iniciarse el cómputo del término de la caducidad del medio de control de repetición:

² "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".

³ Debe advertirse que, si bien la demanda se presentó en vigencia del C.P.A.C.A., se tendrá en cuenta el plazo previsto en el inciso 4 del artículo 177 del C.C.A., como quiera que la condena respecto de la cual la demandante pretende repetir lo pagado fue impuesta en vigencia de este último Código.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, cinco (5) de abril de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 54001-23-33-000-2015-00063-01(57695)

- i) A partir del día siguiente al pago total de la condena o,
- ii) Desde el día siguiente al vencimiento del plazo definido por la ley (18 meses en vigencia del CCA, 10 meses en vigencia del CPACA), siempre que no se haya efectuado el pago de la condena dentro de dicho término.

Clarificado lo anterior, en el *sub lite* se advierte que la sentencia condenatoria fue emitida el 27 de octubre de 2011 (fl. 22-40) y confirmada por esta Corporación el 16 de enero de 2014 (fl. 43-92), quedando ejecutoriada el 4 de febrero de 2014 (fl. 62 vto), siendo entonces del caso, contabilizar el plazo para el pago, conforme el artículo 177 del CCA, por el **término de 18 meses**, los cuales se vencían el 5 de agosto de 2015.

Ahora bien, como quiera que dentro de ese tiempo, no se acreditó pago alguno (tan solo con Resolución No. 3994 del 19 de mayo de 2016 se ordenó pago⁵), la fecha para iniciar el término de caducidad, es la fecha en que se vencía el plazo de pago, es decir, desde el **5 de agosto de 2015**, arrojando entonces como fecha final como oportunidad para interponer la demanda el **5 de agosto de 2017**.

Teniendo en cuenta que la demanda interpuesta por la parte demandante a través del medio de control de repetición tan solo fue interpuesta el **7 de diciembre 2017** (fl. 11 vto), es claro manifestar que se presentó por fuera del término establecido en la norma estipulada para el efecto.

De otra parte, es necesario aclarar, que no se puede pretender tener en cuenta la fecha del pago realizado por la entidad como término para iniciar a contabilizar la caducidad, la cual además se surtió por fuera del concebido en el artículo 177 del CCA, habida cuenta que el artículo 164 del CPACA es muy claro en los momentos en que se puede iniciar el computo de la caducidad, sin qué se pueda aceptar que es al arbitrio de la entidad (cuando cancela la condena), pues ello sería aceptar que la caducidad queda sujeta a la abuso de la entidad en sus trámites internos y que los dichos términos quedan supeditados al tiempo que disponga la administración y no los estatuidos por la legislación.

Bajo la óptica propuesta, es viable declarar la caducidad del medio de control, declarando el rechazo de la demanda, conforme lo preceptúa el numeral 1 del artículo 169 del CPACA.

Finalmente, esta Corporación no puede pasar por alto las actuaciones tardías de la entidad demandante, al presentar el medio de control de

⁵ hecho noveno de la demanda (fl. 3)

repetición, superando ampliamente el término establecido para el efecto conforme con las normas consagradas en el CPACA y la jurisprudencia aplicable al respecto, de manera que se compulsarán copias a la Procuraduría General de la Nación, para que efectúe las investigaciones a que haya lugar.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

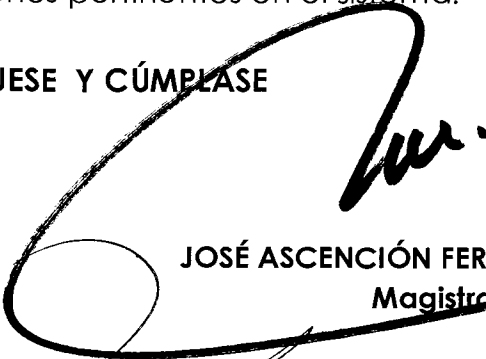
RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR la demanda de la referencia formulada por **LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA EJÉRCITO NACIONAL**, en contra de **FREDY ALEJANDRO ZAPATA DUARTE, JAIME ORLANDO PIRAGUA MILLAN, NELSON EDUARDO AYALA BAUTISTA, OMEL RANGEL SANTAMARIA, JORQUE ARTURO ZAMBRANO, FABIO NELSON VARGAS ALARCON, MELQUISEDEC LOZANO LOZANO Y MELKIS LOAZA LOAIZA**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Por Secretaría, **COMPULSAR** copias de esta providencia con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que efectúe las investigaciones a que haya lugar en lo relativo a la interposición tardía del medio de control de repetición del proceso de la referencia.

TERCERO: En firme este auto, entréguese los anexos sin necesidad de desglose, y **ARCHÍVESE** el expediente, dejando las constancias y anotaciones pertinentes en el sistema.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
SALA DE DECISIONES
No. 4
10
10

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 4
MAGISTRADO: FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

Tunja,

20 DE ABR

Referencia: **VALIDEZ DE ACUERDO MUNICIPAL**

Demandante: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**

Demandado: **MUNICIPIO DE CHINAVITA**

Radicación: **15001-2333-000-2018-00016-00**

En virtud del informe secretarial que antecede, le corresponde al Despacho pronunciarse sobre la admisión de la demanda de invalidez instaurada mediante apoderada constituida al efecto por el Departamento de Boyacá, respecto del Acuerdo No. 017 de 28 de noviembre de 2017, aprobado por el Concejo Municipal de Chinavita. En consecuencia, se **DISPONE**

1. ADMITASE en única instancia la demanda de invalidez parcial del Acuerdo No. 017 de 28 de noviembre de 2017, aprobado por el Concejo Municipal de Chinavita, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 151 del C.P.A.C.A.

2. NOTIFÍQUESE sobre la admisión de esta demanda al Representante Legal del Municipio de Chinavita, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales a que se refieren los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso.

3. NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público delegado ante ésta Corporación, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A

modificado por el artículo 612 del C.G.P. Lo anterior, de conformidad con el numeral 3º del artículo 198 del C.P.A.C.A.

4. Cumplidas las anteriores notificaciones, **FÍJESE** el negocio en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el Procurador delegado ante esta Corporación y cualquier otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad del acuerdo demandado y solicitar la práctica de pruebas, según lo dispuesto en el artículo 121 del Decreto Ley 1333 de 1986.

5. Por secretaria **INFÓRMESE** a la comunidad de la existencia de este medio de control de conformidad con el numeral 5º del artículo 171 C.P.A.C.A.

6. **RECONÓZCASE** personería jurídica a la Abogada Luz Eliyer Sierra Russi, portadora de la T.P. N° 67.179 del C.S. de la J., para actuar en nombre y representación del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, en los términos y para los efectos del respectivo poder a ella conferido, visible a folio 1 de este cuaderno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

<u>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ</u> <u>CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u> El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. <u>10</u> Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, Hoy, <u>15 ENE 2010</u> siendo las 8:00 A.M. ----- Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 4
MAGISTRADO: FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

Tunja,

22 de Feb. 2018

Referencia: **VALIDEZ DE ACUERDO MUNICIPAL**

Demandante: **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**

Demandado: **MUNICIPIO DE SIACHOQUE**

Radicación: **15001-2333-000-2018-00023-00**

En virtud del informe secretarial que antecede, le corresponde al Despacho pronunciarse sobre la admisión de la demanda de invalidez instaurada mediante apoderada constituida al efecto por el Departamento de Boyacá, respecto del Acuerdo No. 0200-02-01-019 de 21 de noviembre de 2017, aprobado por el Concejo Municipal de Siachoque. En consecuencia, se **DISPONE**

1. ADMITASE en única instancia la demanda de invalidez parcial del Acuerdo No. 0200-02-01-019 de 21 de noviembre de 2017, aprobado por el Concejo Municipal de Siachoque, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 151 del C.P.A.C.A.

2. NOTIFÍQUESE sobre la admisión de esta demanda al Representante Legal del Municipio de Siachoque, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales a que se refieren los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso.

3. NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público delegado ante ésta Corporación, mediante mensaje dirigido al buzón de correo electrónico

para notificaciones judiciales a que se refiere los artículos 197 y 199 del C.P.A.C.A modificado por el artículo 612 del C.G.P. Lo anterior, de conformidad con el numeral 3º del artículo 198 del C.P.A.C.A.

4. Cumplidas las anteriores notificaciones, **FÍJESE** el negocio en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el Procurador delegado ante esta Corporación y cualquier otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad del acuerdo demandado y solicitar la práctica de pruebas, según lo dispuesto en el artículo 121 del Decreto Ley 1333 de 1986.

5. Por secretaria **INFÓRMESE** a la comunidad de la existencia de este medio de control de conformidad con el numeral 5º del artículo 171 C.P.A.C.A.

6. **RECONÓZCASE** personería jurídica a la Abogada Luz Eliyer Sierra Russi, portadora de la T.P. N° 67.179 del C.S. de la J., para actuar en nombre y representación del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, en los términos y para los efectos del respectivo poder a ella conferido, visible a folio 1 de este cuaderno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

<i>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ</i> <i>CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</i> El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. <u>15</u> Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M. 25 ENE 2018 Secretaria
--



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018)

ACCIONANTE:	CLAUDIA PATRICIA ROJAS VARGAS Y OTROS
ACCIONADO:	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
REFERENCIA:	150012331001201000095-00
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
TEMA:	PRIVACIÓN INJUSTA DE LIBERTAD
ASUNTO	RECONOCER PERSONERÍA Y AUTORIZAR CONSIGNAR TITULO JUDICIAL

Verificado el plenario, se observa que con auto del 28 de octubre de 2016 se resolvió solicitud de la parte demandante para tramitar sucesión procesal a causa del fallecimiento del señor Eriberto Martínez, absteniéndose de hacerlo por ser improcedente, además de negar la entrega del título judicial consignado en la cuenta del Tribunal Administrativo, ordenado a su vez, devolver dicho título judicial a la Fiscalía General de la Nación, para que sea la entidad quien pague el valor correspondiente aprobado en la conciliación judicial (fl. 333-335).

Conforme a lo anterior, y una vez informada la novedad a la Fiscalía General de la Nación, se arrió al plenario escrito con radicación del 27 de noviembre de 2017, por la abogada Nubia Amparo Ramírez Miranda, solicitando se surtan los trámites necesarios para efectos de consignar el título judicial a favor de la Fiscalía General de la Nación en la cuenta bancaria del ente fiscal, aportado los datos para el efecto. A su vez, radicó memorial poder para efectos del reconocimiento que corresponda.

Así las cosas, se autorizará la entrega del título judicial a favor de la entidad demanda dentro del proceso de la referencia en la cuenta bancaria reportada a folio 344.

De igual manera, una vez verificado el memorial poder se encuentra ajustado a derecho, por lo que se reconocerá personería a la abogada Nubia Amparo Ramírez Miranda, identificada con TP No. 263290, para que actúe en calidad de apoderada de la parte demandada, conforme a las facultades conferidas para el efecto.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO.- Reconocer personería a la abogada Nubia Amparo Ramírez Miranda, identificada con CC No. 23.496.290 y TP No. 263.290, para que actúe en calidad de apoderada de la parte demandada, conforme a las facultades conferidas para el efecto obrante en memorial a folio 345 del expediente.

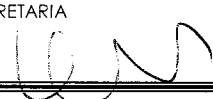
SEGUNDO.- Autorícese la consignación del título judicial No. 415030000379898 del Banco Agrario de Colombia por la suma de \$33.934.849 a favor de la Fiscalía General de la Nación en la cuenta bancaria reportada a folio 344 del expediente, conforme la solicitud elevada por la apoderada de la entidad demandada.

TERCERO.- Por Secretaria déjense todas las constancias necesarias con el soporte documental que corresponda del trámite que se surta para la entrega del título judicial referido en el numeral anterior.

CUARTO.- Cumplido lo anterior archívese el expediente, dejándose las anotaciones de rigor, descargándose el proceso del inventario del Despacho.

Notifíquese y Cúmplase.


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO	
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO	
N° <u>10</u>	De Hoy <u> </u> A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA	
	



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 18 ENE. 2018

DEMANDANTE:	DIACO S.A
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE PAIPA- SECRETARIA DE HACIENDA MUNICIPAL
REFERENCIA:	150012331001-2010-01227-00
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ingresa el expediente al Despacho con informe secretarial, para acatar lo ordenado por el Honorable Consejo de Estado, en providencia de fecha 20 de septiembre de 2017 (fls. 337-344), mediante la cual se revocó la sentencia de 14 de marzo de 2013 que negó las pretensiones de la demanda, proferida por la Sala de Decisión No. 1 de esta Corporación.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: Obedézcase y Cúmplase lo resuelto por el Honorable Consejo de Estado, mediante providencia de fecha 20 de septiembre de 2017 (fls. 337-344), mediante la cual se revocó la sentencia de 14 de marzo de 2013 que negó las pretensiones de la demanda, proferida por la Sala de Decisión No. 1 de esta Corporación.

SEGUNDO: En firme esta providencia archívese el expediente, dejándose las constancias y anotaciones a que haya lugar.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO.
N° 10 De Hoy - A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **1 8 ENE. 2018**

ACCIONANTE:	TIBER GILDARDO CHAVARRO MUÑOZ Y OTROS
ACCIONADO:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
REFERENCIA:	150012331001201100525-00
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
TEMA:	NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO
ASUNTO	VINCULACIÓN LITISCONSORTE NECESARIO

Revisado el expediente, se observa que se encuentra para proferir fallo de instancia, sin embargo, advierte el Despacho que al momento de admitir la demanda no fue integrado correctamente el contradictorio, según se expondrá a continuación:

En el escrito demandatorio (fls. 14-24), dentro del acápite de pretensiones, se señaló como subsidiarias *"se declare la nulidad del contrato suscrito entre el Departamento de Boyacá y el Consorcio Renovación Ambiental... adjudicado mediante Resolución 1672 de junio 1 de 2011, como consecuencia del proceso licitatorio 07 de 2011 y los contratos adicionales que se llegaren a suscribir por el mismo concepto"*.

Más adelante, por medio de auto del 28 de noviembre de 2011 (fls. 40-41), se admitió la acción ordenando notificar como parte demandada sólo al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, y a partir de ese momento se continuó con el trámite procesal hasta llegar a la etapa en la cual se encuentra actualmente.

De lo anteriormente relatado aparece de forma evidente que se omitió la vinculación como litisconsorte necesario de la parte pasiva al CONSORCIO REVOCACIÓN AMBIENTAL- debido a que, conforme con el artículo 87 del CCA, vigente para el momento de la interposición de la demanda, la declaración de nulidad absoluta solo podrá hacerse siempre que en el

proceso intervengan las partes contratantes o causahabientes.

Por lo anterior, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, el Despacho ordenará vincular al CONSORCIO RENOVACIÓN AMBIENTAL como lo dispone el artículo 83 del C.P.C. ahora, artículo 61 del CGP, aplicable gracias a la remisión expresa contenida en el artículo 267 del C.C.A., el cual establece:

“Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.

Así, conforme con el material probatorio arrimado al expediente, se observa que el Consorcio Renovación Ambiental, está integrado por INGESANDIA LTDA actuando Alberto Santos Acosta, identificado con CC No. 79.146.215 de Usaquén en calidad de representante legal, y Víctor Manuel Chávez Peña; que la sede del Consorcio es carrera 1ª No. 11-130 oficina 318 -319 de Chía Cundinamarca (fl. 120 anexo 5), dirección de correo electrónico INGESANDIA@HOTMAIL.COM y celulares 3208463622 y telefax 8617499-8615546, dirección a la que se dispondrá la citación para efectos de esta providencia.

Aunado a lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto en la parte final del inciso 2° del artículo transcrito, se ordenará suspender el trámite del proceso hasta que se cumpla el término de comparecencia del litisconsorte.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: VINCULAR como litisconsorte necesario de la parte pasiva al **CONSORCIO RENOVACIÓN AMBIENTAL** integrado por Víctor Manuel Chávez Peña y INGESANDIA LTDA actuando Alberto Santos Acosta, en calidad de representante legal; por lo que se dispone:

1. **Cítese** al representante legal de la **Consortio Renovación Ambiental** cuyo domicilio está ubicado en carrera 1ª No. 11-130 oficina 318 -319 de Chía Cundinamarca (fl. 120 anexo 5), dirección de correo electrónico INGESANDIA@HOTMAIL.COM y celulares 3208463622 y telefax 8617499-8615546, para que se notifique personalmente de este proveído.
2. En caso que el Consorcio Renovación Ambiental, este liquidado, **Cítese** a sus integrantes, es decir, al representante legal de INGESANDIA LTDA, señor Alberto Santos Acosta identificado con CC 79146215 y al señor Víctor Manuel Chávez Peña identificado con CC 19.192.792 a la dirección que reposa como sede del Consorcio.
3. Cumplido lo anterior, **fíjese en lista el proceso** por el término de diez (10) días para que el litisconsorte necesario comparezca y ejerza sus derechos al interior del proceso.
4. No se fijan gastos procesales, por considerar que no hay lugar a ello.

SEGUNDO: SUSPENDER el trámite procesal hasta el vencimiento del término fijado en el numeral anterior.

Notifíquese y Cúmplase

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO
Nº <u>10</u> De Hoy <u> </u> A LAS 8:00 a.m.
SECRETARÍA



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO

Tunja, 23 ENL. 2018

ACCIONANTE:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ACCIONADO:	FÉLIX HERNANDO POVEDA TIBAVIJA
REFERENCIA:	15238333300220160000501
MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO
TEMA:	MANDAMIENTO DE PAGO
ASUNTO:	CONFIRMA DECISION QUE NEGÓ MANDAMIENTO DE PAGO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el Auto proferido el veintisiete (27) de septiembre del dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito de Sogamoso, mediante el cual se negó el mandamiento de pago a favor de la actora y en contra Félix Hernando Poveda Tibavija.

I. ANTECEDENTES

La DEFENSORÍA DEL PUEBLO a través de apoderado judicial, presentó demanda ejecutiva contra el señor FELIX HERNANDO POVEDA TIVABIJA (fl. 2-4), para que se libraré mandamiento de pago a favor de la actora, por concepto de multa contenida en el fallo del incidente de desacato de la acción popular radicado No. 150002331000-2006-01806-00 emitida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 8 de noviembre de 2012 confirmado por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 22 de enero de 2013).

Seguidamente, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en auto del 28 de enero de 2016 no avocó el conocimiento del asunto, en virtud de la creación del Circuito Judicial Administrativo de Sogamoso, considerando que la competencia radicaba en dicha ciudad (fl. 30). Correspondiendo por reparto al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sogamoso, por auto del 23 de mayo de 2016, se abstuvo de avocar conocimiento, proponiendo conflicto de competencia.

Esta Corporación en providencia del 6 de octubre de 2016 con ponencia del Magistrado Fabio Iván Afanador García, declaró competente para conocer el medio de control de la referencia al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sogamoso quien lo asumió de conformidad(fl. 46-49).

II. DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. DEL AUTO RECURRIDO (fl. 49)

Se trata de la decisión tomada por el Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito de Sogamoso, de fecha veintisiete (27) de septiembre del dos mil diecisiete (2017), en la que se resolvió:

PRIMERO.- NEGAR MANDAMIENTO DE PAGO solicitado en el asunto de la referencia, con base en las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Para tomar tal determinación, el Juez de Conocimiento consideró, consideró que la providencia base de ejecución no cumplía con los requisitos para ser título ejecutivo conforme con el artículo 297 del CPACA; además, que la Defensoría del Pueblo debía dar inicio a un procedimiento administrativo de cobro persuasivo y coactivo para lograr el recaudo de los dineros que por concepto de sanción por desacato se encontraba obligado a pagar el señor Félix Hernando Poveda Tibavija (fl. 54-58).

2. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (fls. 70-76)

Inconforme con la decisión tomada, la parte demandante interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

Señaló en primer lugar el marco jurídico del Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, concluyendo que el valor de las multas que impone el juez en los procesos de acciones populares y de grupo, forman parte de los recursos del Fondo, lo que significa que no son obligaciones creadas a favor de la Defensoría del Pueblo.

Al unísono, que el artículo 98 del CPACA dispone el recaudo de obligaciones creadas a favor de las entidad públicas con las prerrogativas del cobro coactivo y que por lo tanto, la Defensoría no puede activar dicha prerrogativa para cobrar dichos créditos pues no es recaudo creado en su favor, pues es una obligación creada para el Fondo de la Defensoría del Pueblo. Que lo anterior, no ostenta competencia para iniciar el proceso de cobro coactivo.

De otra parte, en cuanto a la calidad de título ejecutivo de la providencia del 8 de noviembre de 2012, dice no estar acuerdo con el señalamiento de ser una mera imposición sancionatoria, pues el marco normativo del procedimiento de acciones populares, le permite al juez imponer las sanciones que sean del caso dentro del mismo procedimiento; que no se puede entender, entonces, la declaratoria de un desacato sin el incumplimiento dentro de un proceso de acción popular, como tampoco se puede comprender que las providencias presentadas a consideración del juez y que conjuntamente componen el título ejecutivo, sean rechazadas por este con el argumento de que no fueron dictadas dentro de uno de los medios de control de los cuales conoce la jurisdicción contenciosa administrativa y de que además se trate del ejercicio de la facultad sancionatoria, como si esta no deviniera del mismo proceso descrito y regulado en la Ley 472 de 1998.

III. CONSIDERACIONES

1. Procedencia y oportunidad del recurso de apelación

El artículo 438 del CGP señala:

*"(...) 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. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Como en el *sub examine* el mandamiento de pago se negó resulta clara la viabilidad de la apelación.

Asimismo, se observa que la decisión cuestionada fue notificada por estado el 28 de septiembre de 2017 (f. 58 vto.) y el recurso bajo estudio fue interpuesto el 2 de octubre de 2017 (f. 60), esto es, dentro de su término de ejecutoria, conforme a lo establecido en el numeral 2º del artículo 322 numeral 1º inciso 2º del CGP.

2. Del estudio del recurso de apelación

En el presente asunto, el debate se centra en determinar **(i)** si la providencia judicial emitida dentro de una acción popular que impone una sanción a un particular constituye título ejecutivo ejecutable ante la

Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y **ii)** Si la Defensoría del Pueblo tiene competencia *a priori* para promover procesos administrativos de cobro coactivo ante acreencias a favor del fondo para la Defensa de los Derechos e intereses Colectivos.

Sobre **el primer aspecto**, tratándose de procesos ejecutivos debe recordarse que el marco de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está determinado por el artículo 104 numeral 6 del CPACA, que preceptúa:

".. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de los siguientes procesos:

...

6. Los ejecutivos derivados de las **condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción**, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e igualmente, **los originados en los contratos celebrados por estas entidades"** (negrilla por fuera de texto)

De igual manera, se debe señalarse que el artículo 297 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) consagra los documentos que integran el título ejecutivo:

"ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. **Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.**

2. Las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible.

...

3. (negrilla y resaltado fuera de texto)

Bajo los preceptos normativos reseñados es dable concluir que dentro de la competencia asignada a la jurisdicción contenciosa administrativa, está la de conocer de los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas a entidades públicas, contenidas en sentencias debidamente ejecutoriadas o decisiones en firme proferidas en desarrollo de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Así pues, en el *sub examine* se advierte que la Defensoría del Pueblo en calidad de ejecutante, interpone la demanda ejecutiva con base en una providencia judicial emitida dentro de un trámite incidental de desacato dentro del proceso de la acción popular con radicado No. 15000233100020060180600, por medio del cual se impuso al señor FELIX HERNANDO POVEDA TIVABIJA en su condición de ex alcalde municipal de Labranzagrande sanción por desacato con multa equivalente a 10 diez salarios mínimos legales mensuales vigentes con destino al Fondo para la Defensa de los Derechos e intereses Colectivos (fl.9-14), la cual fue confirmada por esta Corporación el 22 de enero de 2013, como ponencia del Magistrado Luis Ernesto Arciniegas (fl. 15-26).

En ese orden de ideas, la tesis expuesta en primera instancia debe ser confirmada por esta Corporación, habida cuenta la naturaleza de la decisión contenida en la providencia del 8 de noviembre de 2012, pues ella no constituye título ejecutivo que la haga ejecutable a través del cobro judicial propuesto.

Cabe recordar en este punto de análisis, que la Ley 472 de 1998 consagra un trámite incidental que concluye con un auto de tipo sancionatorio, por tanto, dicha figura jurídica no es más que un medio que utiliza el juez del conocimiento de la acción popular, en ejercicio de su potestad disciplinaria, para sancionar a quien desatienda las órdenes judiciales que se han expedido para hacer efectiva la protección de los derechos colectivos. De manera que cuando el juez impone una sanción a una persona por haber incumplido sus órdenes, la respectiva decisión no tiene repercusiones en el asunto cuya decisión fue obtenida a través del fallo, mediante el cual se entiende garantizado el derecho colectivo vulnerado o amenazado. Ciertamente obtenido el amparo, la pretensión queda satisfecha y el desacato de aquella queda por el obligado merece un tratamiento diferente. Es el objetivo del procedimiento incidental¹; de manera que contrario con lo afirmado por el recurrente, si bien la providencia que impone la sanción hace parte del rigor procesal de la acción popular, su imposición a través de auto no constituye título ejecutivo, pues es producto de la facultad sancionatoria concedida al director del proceso, que debe propender por velar el cumplimiento de la decisión judicial. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

"Tanto el juez de la acción popular como el de la acción de tutela puedan valerse de sus poderes disciplinarios para presionar el cumplimiento de sus decisiones, en el marco del incidente de desacato. Como se indicó antes, el incidente es en esencia un

¹ Expediente E41001233100020000350802 (AP) de 2003

procedimiento disciplinario que indaga sobre la responsabilidad subjetiva de la autoridad conminada a materializar el amparo y que, por esa vía, aspira a incidir en el restablecimiento del derecho trasgredido. Por eso, el incidente de desacato de un fallo de acción popular resulta idóneo para que el juez, investido de la competencia que le atribuyó la Ley 472 de 1998, verifique el cumplimiento de su decisión y aplique los remedios judiciales que considere apropiados para asegurar que sus órdenes sean cabal y oportunamente satisfechas. Con ese fin, puede requerir a los responsables del cumplimiento, solicitarles informes de su gestión y reclamar la intervención de los organismos de control.”²

El **segundo aspecto** de la alzada refiere a que la entidad ejecutante no tiene competencia para utilizar la prerrogativa estatuida en el artículo 98 del CPACA, es decir, utilizar el trámite administrativo de cobro coactivo, considerando que el recaudo perseguido no es una obligaciones en favor de la Defensoría del Pueblo sino en favor del Fondo que administra.

Sin embargo como bien lo expuso el a quo, haciendo una integración sistemática de las normas que regulan el procedimiento administrativo de cobro coactivo consagrado en el CPACA, la decisión jurisdiccional impuesta dentro del proceso de acción popular (providencia del 8 de noviembre de 2012) contiene a favor de una entidad estatal una obligación de pagar una suma líquida de dinero, y por tanto, es susceptible de la prerrogativa de cobro coactivo.

Recordando, la Defensoría del Pueblo, tiene a su cargo el manejo del Fondo para la Defensa de los Derechos e interés Colectivos según el artículo 72 de la Ley 472 de 1998. A su turno, el Fondo cuenta entre otros recursos, con “el valor de las multas que imponga el juez en los procesos de acciones populares y de grupo”, lo cual es recaudado por la Defensoría en su calidad de administrador, en virtud del Decreto 25 de 2014 y la Resolución No. 595 de 2014, que dispuso a través del Grupo de Gestión del Cobro “realizar las labores de cobro persuasivo, previas a la ejecución judicial o coactiva de las obligaciones a favor de la entidad o los fondos que administra”.

Lo anterior permite concluir sin mayor esfuerzo, que la Defensoría del Pueblo tiene a través de la gestión del cobro, actuaciones persuasivas o coactivas de las obligaciones creadas a su favor o de los fondos que administra, quedando sin fundamento los argumentos propuestos por el recurrente, cuando alude que el Fondo tiene sus propios recursos y tienen asignación propia y que por lo tanto, no nos obligaciones a su favor.

² T-254/2014

Así las cosas, fuerza concluir esta Corporación que la providencia de primer grado será confirmada en su integridad, teniendo en cuenta que es claro que en el *sub-judice* no se cumple con los supuestos para que sus pretensiones, sean exigibles por vía ejecutiva, pues carece de título ejecutivo conforme el artículo 297 del CPACA, aunado a que el ejecutante tiene como procedimiento privilegiado el procedimiento administrativo de cobro coactivo contra la obligación de pagar una liquididad de dinero contenida en el auto que impuso sanción por desacato dentro del proceso de acción popular.

IV. 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, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

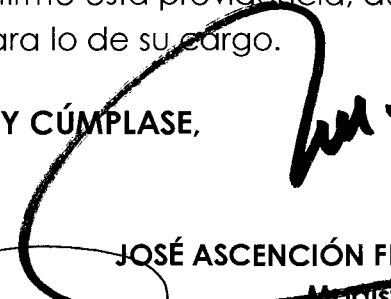
RESUELVE:

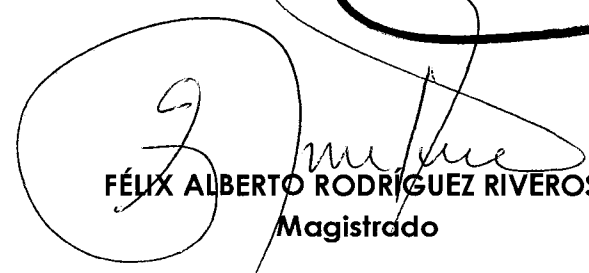
PRIMERO: CONFIRMAR el auto de fecha 27 de septiembre de 2017, proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, a través del cual negó el mandamiento de pago solicitado, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado


ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN NO. 4
10



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **23 ENE. 2018**

DEMANDANTE:	ALIRIO MOJICA FIGUEROA Y OTROS
DEMANDADO:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
REFERENCIA:	152383333002201700061-01
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
TEMA:	CADUCIDAD – OMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
ASUNTO:	RESUELVE APELACIÓN DE AUTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, el 15 de junio de 2017 mediante la cual rechazó la demanda por caducidad del medio de control de Reparación Directa.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

Los señores Alirio Mojica Figueroa y Jorge Enrique Pérez a través de apoderado judicial, solicitaron que se declarara administrativa y civilmente responsable a la Nación – Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de los perjuicios materiales y morales causados " *...por la medida cautelar decretada en el proceso ejecutivo singular tramitado en el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Duitama (...) cautelar que consistió en el embargo y posterior secuestro de la volqueta de placas ZGA, perjuicios que se materializaron por orden del Juez Cuarto Civil Municipal de Duitama y el actuar de la Secuestre designada por el Juez Cuarto Civil Municipal de Duitama*"

Como consecuencia de la anterior declaración, que se ordene a la entidad accionada y a favor **de Jorge Enrique Pérez**, se reconozca y cancele las sumas dejadas de devengar mensualmente, a partir del 8 de noviembre de 2013, momento en que fue retenido el vehículo por la Policía Nacional de Colombia y hasta el día que se entregue el automotor

(fl. 2-3); y a favor de Alirio Mojica la suma correspondiente a la mensualidad que se recibía a partir del 10 de julio de 2015, día en que se ordenó terminar el proceso hasta que se entregue el automotor.

Como hechos anunció las condiciones de tiempo, modo y lugar de la retención del vehículo automotor en razón a demanda ejecutiva de menor cuantía adelantada por la señora Clemente Pinzón Sua; se resaltaron del desarrollo del proceso las actuaciones correspondientes a la diligencia de secuestro y el nombramiento del secuestre, las solicitudes presentadas por este último y la solicitud de nulidad denegada, concluyendo que el proceso terminó y que el demandado Alirio Mojica Figueroa le pidió al juzgado la entrega del vehículo, y como no se le devolvió instauró acción de tutela, la que ordenó su entrega.

1.2. DEL AUTO APELADO (fls. 240-vto)

Se trata de la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Duitama el 15 de junio de 2017, por medio del cual se rechaza la demanda por caducidad del medio de control.

Al efecto refirió que en el *sub lite* se controvierte la presunta falla de la administración de justicia por la medida cautelar decretada dentro del proceso ejecutivo singular radicado No. 2012-0195 que se tramitó ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Duitama, de la que tuvo conocimiento el ejecutado ahora demandante, el 14 de noviembre de 2013, pero que atendiendo la fecha en que se llevó a cabo la diligencia de secuestro, esto el 25 de noviembre de 2013, tenía hasta el 26 de noviembre de 2015 para incoar la demanda. Como quiera que la solicitud de conciliación, interrumpe el término de caducidad, lo cual sucedió el 15 de noviembre de 2016 y la demanda se radicó el 6 de marzo de 2017, la acción la encuentra caducada.

1.3. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de la *a-quo*, la parte demandante, en la oportunidad, presentó dos escritos contentivos de recurso de apelación en los siguientes términos:

- Escrito del 20 de junio de 2017 (fl. 243)

Refirió que no es cierto que opere el fenómeno de la caducidad, dado que el automotor objeto del proceso fue embargado y secuestrado dentro de un proceso ejecutivo, pero que logró con el ejecutante un

acuerdo y por tanto, que el automotor fuera desembargado, pero que no se ha logrado su entrega.

Además, que el **Juzgado de Paz de Rio jamás** requirió el automotor, lo que indica que a partir de la fecha de entrega del mismo (sic) y ordenada por el juzgado la entrega a la secuestre según auto **del 10 de julio de 2015, al no realizarse esta por parte del despacho y el secuestre se da inició a ocasionar los perjuicios reclamados (sic).**

De otro lado señaló, que se tramitó ante la Procuraduría Delegada del Circuito de Duitama la diligencia de conciliación en el mes de febrero del año en curso y ante la negativa de dar cumplimiento para la entrega del vehículo el día 18 de agosto de 2016 ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Duitama, se promovió una acción de tutela a fin de que se amparara el derecho de llevar a cabo la entrega del vehículo y la secuestre rindiera cuentas de los valores obtenidos por el trabajo del mismo.

Igualmente, que los daños se vienen causando a partir del momento en que se ordenó y no se hizo la entrega del vehículo a su propietario, y no como lo manifestó el funcionario en el auto recurrido, además, de que a la fecha el automotor se encuentra a disposición del Juzgado Cuarto Civil Municipal y en poder de la secuestre.

.- Escrito del 21 de junio de 2017 (fl. 244-245)

Sostuvo que lo que está solicitando en el proceso de la referencia es el pago del lucro cesante del automotor de propiedad de los demandantes, por la demora en la entrega de dicho automotor, así mismo el pago de los daños que se le hayan causado a dicho vehículo, o el pago del mismo, porque este se encuentra desaparecido.

Que en la pretensión 2.2. se pidió se pague el lucro cesante de la volqueta a partir del 10 de julio de 2015, fecha en que terminó el proceso ejecutivo, donde estaba embargado el automotor referido.

Igualmente, que reposan pruebas que acreditan la interposición de tutela, para que fuese entregado el vehículo volqueta y el auto del 5 de febrero de 2016, del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Duitama, por medio del cual se le negó al demandante la entrega de dicho vehículo.

Dijo que a folio 125 a 131 obran copias enviadas por el Juzgado Civil Municipio de Duitama, donde contesta la acción de tutela.

Además, que en la demanda se solicitó se reconozcan los perjuicios que se han causado por el retardo en la entrega del vehículo de placas ZGA 271 a los demandantes y otro retardo que ha sido causado por el Juzgado Civil Municipal de Duitama y la secuestre designada.

Concluye que **los perjuicios causados por el retardo en la entrega del vehículo de placas ZGA 271 a los demandantes no han empezado a correr**, ya que dicho automotor no se ha devuelto, a pesar de lo ordenado en el fallo de la tutela citada en renglones anteriores.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido por el Juzgado de instancia, en auto del 6 de julio de 2017.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto corresponde a la Sala establecer, si acertó la Juez de instancia al rechazar la demanda de la referencia, por haber operado respecto del medio de control en ejercicio del cual fue ésta instaurada, el fenómeno de la caducidad, o si por el contrario le asiste razón a la parte actora en su argumento de no configuración de dicho fenómeno, por cuanto el mismo inicia a contabilizarse desde un momento diferente al señalado por el A-quo.

2. DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA.

No cabe duda de que la caducidad es una institución jurídica que impide que las situaciones puedan ser debatidas en cualquier tiempo ante la jurisdicción, lo cual contrariaría el principio de seguridad jurídica y permitiría la permanencia indefinida de los conflictos en el tiempo¹. Precisamente por su carácter de norma de orden público es posible que

¹ Ver, por ejemplo: CE 3C, 10 Nov. 2016, e68001-23-15-000-1999-02767-01(35424), J. Santofimio: "(...) La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general. (...)”

su configuración pueda ser declarada a petición de parte o de oficio, con base en el artículo 164 del CCA -hoy art. 187 del CPACA-.

Tratándose del medio de reparación directa, el artículo 164 numeral 2º literal i) del CPACA -aplicable en razón de la fecha de presentación de la demanda- estatuye:

"i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición;"(resaltado fuera de texto).

En este sentido, el criterio determinante para identificar el momento en que debe iniciar a computarse el término de caducidad es el de **ocurrencia** del hecho, la omisión o la operación administrativa (regla general); no obstante, el Consejo de Estado ha considerado que, cuando la ocurrencia del daño permanece oculta a su víctima, **en aplicación del principio pro damnato** debe acudir al criterio de **cognoscibilidad**, lo que implica que la caducidad solo debe comenzar a contabilizarse desde que se tuvo conocimiento del mismo (regla de excepción)².

Ahora bien, **cuando la circunstancia que da lugar a la configuración del daño es una omisión**, la Alta Corte ha explicado que se configura típicamente un daño continuado, debido a que el menoscabo existe mientras no se acata el contenido obligacional echado de menos; **sin embargo, eso no implica que el término de caducidad desaparezca o**

² Ver, por ejemplo: CE 3B, 30 Jul. 2015, e13001-23-33-000-2013-00343-01(52120), S. Conto: "(...) Por otra parte, bajo la vigencia del C.C.A. anterior, que también establecía en el numeral 8º del artículo 136 el término bienal de caducidad de la acción, ya esta Corporación había señalado que, aunque **por regla general** el término de caducidad debe contabilizarse a partir de la fecha de **ocurrencia** del daño, en algunos casos resulta necesario identificar el momento preciso en el cual se configura o consolida, situación que reviste complejidad si se tiene en cuenta que los efectos del daño pueden prolongarse en el tiempo e incluso consolidarse en una etapa posterior a la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, tal como sucede en los asuntos en los que se pretende atribuir responsabilidad cuando las consecuencias del hecho causante del daño son advertidas en una etapa posterior, **caso en el cual no es posible contabilizar el término de caducidad desde una fecha anterior a aquella en que se advirtió el daño generado.** (...) " (Negrilla fuera del texto original)

que la oportunidad de acudir ante la Administración de Justicia quede al arbitrio del demandante. En este sentido puede leerse el siguiente pronunciamiento:

*"(...) En ese orden de ideas, conviene resaltar que esta Subsección recientemente sostuvo que el término de caducidad de la acción de reparación directa cuando se fundamenta en el daño producido por una **omisión** debía contabilizarse desde el momento en que se falte a la respectiva obligación legal.*

En ese sentido se ha señalado:

'En relación con las omisiones, el término de caducidad de la acción debe contarse desde el momento en que se incumpla la obligación legal, siempre que ese incumplimiento coincida con la producción del daño, pues en caso contrario, el término de caducidad deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica del mismo, ya que ésta es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria.

'Aunque la omisión se mantenga en el tiempo o el daño sea permanente, dicho término no se extiende de manera indeterminada porque la misma ley ha previsto que el término de caducidad es de dos años contados a partir de la omisión' (...)"³ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por lo tanto, no es la cesación de la omisión, o lo que es lo mismo, el cumplimiento del contenido obligacional a cargo del Estado el que habilita al ciudadano para demandar en sede de reparación directa, sino la ocurrencia o, en su defecto, el conocimiento del daño es lo que da pie a activar el término de caducidad.

Se insiste, entonces, que aun cuando el daño sea de carácter continuado o incluso permanente, o el perjuicio se extienda en el tiempo y llegue a agravarse o aminorarse, estas circunstancias no reemplazan ni modifican las reglas (general y de excepción) para la contabilización de la oportunidad para presentar la demanda, tal como lo ha reiterado en múltiples ocasiones el máximo órgano de esta jurisdicción:

*"(...) De acuerdo con lo anterior, **no debe confundirse la permanencia de los perjuicios en el tiempo, o la agravación de los mismos, con la existencia de un daño continuado o diversos daños procedentes de distintas causas dañinas, pues ambos supuestos corresponden a fenómenos de caducidad diferentes**. Esto es así precisamente porque la caducidad de la acción se contabiliza a partir del momento de la consolidación del daño, que puede darse de forma instantánea, aunque posea perjuicios diferidos o agravados en el tiempo, o de forma paulatina o continua.*

³ CE 3A, 27 Ene. 2016, e 73001-23-33-000-2014-00526-01(54112), M. Velásquez.

*En síntesis, la caducidad, por regla general, inicia cuando nace o se consolida el daño reclamado, pues antes de la existencia del daño no existe acción indemnizatoria. Si el daño nace de forma instantánea, la caducidad inicia concomitantemente, a pesar que los perjuicios se extiendan o agraven con el tiempo. **Si el daño se consolida de forma sucesiva o continua, el inicio del cómputo de la caducidad se postergará hasta el momento en que se tenga o se deba tener conocimiento cierto del daño, sin que se confunda el nacimiento del daño con la permanencia o agravación en el tiempo de los perjuicios generados por un daño ya consolidado y conocido.** Y finalmente, si se presentan daños sucesivos por una misma causa nociva, la caducidad deberá correr independiente para cada uno de estos eventos sucesivos. (...)"⁴ (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

3. CASO CONCRETO

Estudiada la integralidad de la demanda y las razones de su interposición, debe advertirse, que ella se encamina sobre las irregularidad presentadas en el proceso ejecutivo, que concluyó con la no entrega del vehículo de placas ZGA 271 que fuera retenido dentro de la medida cautelar decretada de embargo y secuestro dentro del proceso ordinario que se adelantada en contra de uno de los ahora demandantes, señor Alirio Mojica Figueroa.

Ahora, la Corporación dirá que no puede compartir la argumentación expuesta en la providencia recurrida, cuando se señala que la presunta falla de la administración de justicia se consolida por la medida cautelar decretada dentro del proceso ejecutivo singular y que por lo tanto, la acción se encuentra caducada, pues lo que se avizora de los hechos contados en el libelo introductorio y el escrito de apelación, es que subsisten diferentes causas para los demandantes, como lo son: i) la incompetencia del juez para iniciar el proceso ejecutivo, ii) el decreto de la medida cautelar consistente en el embargo y posterior secuestro de la volqueta de placas ZGA, iii) la retención del vehículo de placas ZGA el **8 de noviembre de 2013**. iv) la terminación del proceso ejecutivo, el **10 de julio de 2015**, v) la falta de entrega del vehículo automotor una vez culminado el proceso ejecutivo.

Las anteriores situaciones fácticas, si bien podrían conllevar la existencia de un daño continuado, también podría suponerse diversos daños procedentes de distintas causas dañinas dentro del mismo proceso ejecutivo, lo cual tendría tiempos de caducidad diferentes, lo cual no permitiría *prima facie* como lo hizo la juez *a quo*, concretar el daño con

⁴ CE 3B, 29 Ene. 2015, e05001-23-33-000-2012-00612-01 (51649), R. Pazos.

la medida de embargo y secuestro para declarar la caducidad del medio de control interpuesto.

Así entonces, los aspectos señalados hasta el momento generan duda, en cuanto a la operancia, o no, de la figura de la caducidad procesal, lo que conlleva sostener que se debe dar aplicación al principio *pro damnato*⁵ y de acceso a la justicia, el cual se predica cuando existen dudas sobre la fecha a partir de la cual se deba empezar a contar el término de caducidad, lo que no permitiría rechazar, por caducidad de la acción, el medio de control, con la posibilidad de que si se llegare a probar en el transcurso del proceso cosa distinta, se decrete, al resolver las excepciones previas o en la sentencia. En otras palabras, en caso de duda sobre el cumplimiento de los requisitos o presupuestos de la demanda o del medio de control, ese principio permite que se continúe el trámite sin rechazar la demanda, sin perjuicio de que el juez en momento procesal posterior y previo el análisis del material probatorio, vuelva sobre el punto y decida sobre el mismo.

Desde otra vista procesal, no pasa por alto esta instancia, que ante la imprecisión en que se pudo incurrir la demanda en aspectos como el ahora analizado, en donde no se deja ver de manera indefectible la caducidad del medio de control, en aras de pregonar la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico, el *a quo* debió permitirle al demandante ajustar, adecuar o subsanar las falencias que pudiera advertir en el estudio de admisión para que si es del caso, exprese con precisión y claridad lo que pretende.

Conforme con las razones expuestas, la providencia que declaró la caducidad del medio de control habrá de revocarse por esta instancia, y en su lugar, se ordenará al *a quo* analizar los demás requisitos para la admisión de la demanda.

4. 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.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, CONSEJERO PONENTE Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 30 de julio de 2009, Radicación Número 0638-2008. Véase también : CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" CONSEJERO PONENTE: William Hernández Gómez., catorce (14) de julio del dos mil dieciséis (2016), Expediente núm: 68-001-23-33-000-2014-00248-01 Número Interno: 3244-2014

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:

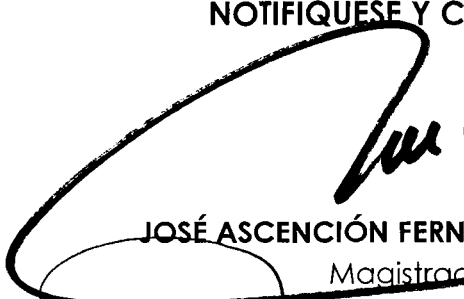
PRIMERO: REVOCAR la providencia del 15 de junio de 2017 proferida por el **Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama**, que rechazó la demanda de reparación directa por caducidad de la acción, y en su lugar analice los demás requisitos para la admisión de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas

TERCERO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Despacho de origen, para lo de su cargo.

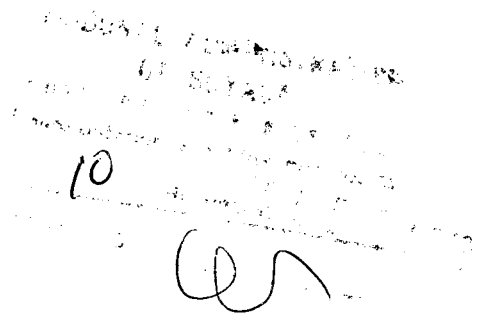
La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE 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 PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja,

18 ENE. 2018

ACCIONANTE:	MARÍA MAGDALENA RUIZ CORREDOR
ACCIONADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
REFERENCIA:	150013333005-2017-00045-01
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 28 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja, que rechazó el llamamiento en garantía formulado por la entidad accionada contra el Departamento de Boyacá – Secretaría de Salud, dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA (fls. 3-5)

La señora **MARÍA MAGDALENA RUIZ CORREDOR**, 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 de la Resolución No. RDP 047972 de 18 de noviembre de 2015, mediante la cual la entidad accionada negó la reliquidación de la pensión de invalidez reconocida a la demandante; la ii) nulidad de la Resolución No. 007443 de 19 de febrero 2016, por medio de la cual la UGPP resolvió un recurso de apelación interpuesto contra el primer acto administrativo, confirmándolo en su totalidad.

Que como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se condene a la entidad demandada a reliquidar la pensión de invalidez de la accionante en cuantía del 75% de la última asignación devengada, con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el año inmediatamente anterior a la fecha del reconocimiento pensional.

La demanda fue admitida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante auto de 18 de mayo de 2017, obrante a folios 41 a 44 del expediente.

2. DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA (fls. 96-104)

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. 89-95) y solicitud de llamamiento en garantía al Departamento de Boyacá – Secretaría de Salud, 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 la accionante.

3. DEL AUTO APELADO (fls. 108-113)

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja, mediante auto proferido el 28 de septiembre de 2017, resolvió rechazar el llamamiento en garantía impetrado por la entidad demandada, indicando para ello que conforme al auto proferido por esta Corporación el 15 de agosto de 2017, Rad. No. 2017-00011-01, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, además del cumplimiento de los requisitos formales, para la procedencia del llamamiento en garantía es indispensable verificar a nivel sustancial la efectividad del derecho legal que permita colegir el vínculo del llamante con el llamado.

En ese sentido, precisó que en el presente asunto no se discute el pago de aportes por parte del empleador de la demandante, sino que se debate si la actora tiene derecho o no a la reliquidación pensional, lo cual permite concluir que el derecho legal que se invoca como fundamento del llamamiento, no tiene relación sustancial con lo que se discute en el proceso.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (fls. 114-121)

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. 120).

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 28 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja, la cual fue notificada por Estado electrónico No. 34, el día 29 de septiembre de la misma anualidad, siendo interpuesta la apelación por la apoderada de la UGPP el 2 de octubre de 2017, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que rechazó 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 Salud, 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 concorra 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 llamante¹.

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 llamamiento².

En el *sub judice*, la demandante busca, entre otros asuntos, la reliquidación de la pensión de invalidez 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 Salud, que según el dicho del convocante, debe ser llamado en el presente proceso por cuanto le

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 13 de abril de 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 53701

² Según dicho artículo: "(...) [e]l 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".

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 reconvencción 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 Compañía Aseguradora Liberty Seguros S.A. domiciliada en la ciudad de Neiva, con quien la Cooperativa ASSER suscribió una póliza que ampara el pago de prestaciones sociales y salarios en cuantía del 30% del valor del contrato 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 evento en que la sentencia que se profiera dentro del proceso resulte condenatoria.

Tal como lo establece la norma prescrita, el llamamiento en garantía está rodeado de unos requisitos formales necesarios para su admisión. No obstante, se observa que dentro del escrito de llamamiento allegado no se incluyó el nombre del Representante Legal de la Compañía, de lo que podría inferirse como lo señaló el Tribunal, que la solicitud no reúne los requerimientos prescritos en el artículo 55 del C.P.C.

Sin embargo, considera el Despacho que en casos como el presente, debe dársele prevalencia al derecho fundamental de acceso a la administración de 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 normativa³, 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.

³ C-836 de 2001.

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 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 MARÍA MAGDALENA RUIZ CORREDOR laboró en la entidad llamada en garantía desde 8 de abril de 1991 hasta el 16 de junio de 1992 (fls. 26-27).

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.

Para el caso en estudio, conforme a los actos demandados, Resoluciones No. RDP 047972 de 18 de noviembre de 2015 y RDP 007443 de 19 de febrero de 2016, la demandada negó la reliquidación de la pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al reconocimiento pensional.

Así, no cabe duda que era deber del Departamento de Boyacá – Secretaría de Salud, 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 Salud.

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 demandante⁵, 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 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

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUB SECCIÓN "A", Consejero ponente Doctor LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, sentencia de 22 de noviembre de 2012.

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 2015⁶, 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

⁶ Radicación número: 150012333000201200120-01(2355-13).

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 1º 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 Tribunal⁷, 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 pensionales que efectúe.

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.

⁷ Radicación número: 15001-23-33- 000-2013-00785-01.

Conclusión: No es procedente el Humado en garantía formulado por la UGPP a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia -UPTC- para responder por los 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 CPACA⁸ 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 aparece 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.**

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

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.

podiera 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 pensionales. 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 Salud, 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 rechazó 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 28 de septiembre de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja, mediante el cual se rechazó 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° <u>10</u> De Hoy _____ A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA





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

MAGISTRADO PONENTE: JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018)

ACCIONANTE:	UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA
ACCIONADO:	MUNICIPIO DE TUNJA
REFERENCIA:	150013331006201100167-01
MEDIO DE CONTROL:	POPULAR
TEMA:	SANEAMIENTO Y RECUPERACIÓN HIDRÁULICA DE CÁRCAVAS
ASUNTO	TRASLADO DE ALEGATOS

Conforme lo prevé el artículo **37 de la Ley 472 de 1998**, el recurso de apelación procederá contra sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso, sin embargo dicha codificación se refiere a la forma y oportunidad de interponer el recurso de apelación y no al traslado de alegatos, es decir, existe un vacío en relación con este el cual debe ser cubierto por la Ley 1437 de 2011, acorde con el artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

Así, el artículo 247 numeral 4 del CPACA, establece un término de 10 días para alegar de conclusión en segunda instancia. En consecuencia, se dispone correr traslado de conclusión a las partes para que presenten sus alegaciones por escrito.

Por lo expuesto el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: 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 inciso 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A. Vencido dicho término se surtirá traslado del expediente al Ministerio Público, por el término de diez (10) días para que emita su concepto de fondo.

SEGUNDO: Cumplido lo anterior, regrese el expediente al Despacho para elaboración de proyecto de sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BUENOS AIRES
10 de mayo de 2011
10 de mayo de 2011
10 de mayo de 2011



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 18 ENE. 2018

ACCIONANTE:	JASON EMILIO GONZÁLEZ RODRIGUEZ
ACCIONADO:	NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
REFERENCIA:	15001313300720120027800
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
TEMA:	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD
ASUNTO	TRASLADO DE ALEGATOS

Encuentra el suscrito Magistrado innecesaria la celebración de la audiencia de que trata el inciso 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 623 del C.G.P. En consecuencia, se dispone correr traslado de conclusión a las partes para que presenten sus alegaciones por escrito.

Por lo expuesto el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: 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 inciso 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A. Vencido dicho término se surtirá traslado del expediente al Ministerio Público, por el término de diez (10) días para que emita su concepto de fondo.

SEGUNDO: Cumplido lo anterior, regrese el expediente al Despacho para elaboración de proyecto de sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOT. DE 18 • 2018
El auto anterior se surtió por traslado
a 10 de ene. de 2018




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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 23 ENE. 2018

DEMANDANTE:	HUMBERTO ARÉVALO RUIZ
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
REFERENCIA:	150013333007-2015-00212-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	REINTEGRO DESCUENTOS (12%) CON DESTINO A SALUD
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial el 21 de septiembre de 2016, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 2-3)

El señor HUMBERTO ARÉVALO RUIZ, 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 del acto ficto o presunto negativo**, que se configuró al no haber obtenido respuesta a su petición radicada ante la Secretaría de Educación de Boyacá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que ésta a su vez le ordene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (en calidad de administradora de sus recursos), la suspensión y el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados con destino a salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde la adquisición de su status jurídico de pensionado, esto es, el 13 de enero de 2005 hasta la fecha.

Así mismo, pidió que se condene a la demandada al pago de forma indexada del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha del status jurídico, aplicando para tal fin la variación del IPC certificado por el DANE; que se condene al cumplimiento del fallo que se profiera en el presente proceso, conforme a lo establecido en los artículos 192 y 195 del CPACA y que reconozca los intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, tal como lo señala el artículo 192 *ibídem*.

Finalmente, solicitó condenar a la entidad accionada a que, en caso de que no dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011, realice el pago con el interés moratorio a la tasa comercial y que se le condene en costas y gastos del proceso en los términos del artículo 188 del CPACA.

1.1.2. Fundamentos fácticos (fl. 3)

Manifestó el apoderado de la parte actora, que el señor HUMBERTO ARÉVALO RUIZ laboró como docente para el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ.

Adujo que mediante Resolución No. 958 de 8 de julio de 2005, le fue reconocido el derecho a una pensión vitalicia de jubilación, a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ, en cuantía de \$1.154.381, efectiva a partir del 13 de enero de 2005.

Indicó que como consecuencia de lo anterior, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos del FOMAG - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ, asumió el descuento y pago de las deducciones en salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, pero que desde el nacimiento del derecho e inclusión en nómina del actor, dicha entidad ha venido descontando el 12% para salud de las mesadas de junio y diciembre (pagada ésta última en noviembre), las cuales son denominadas mesadas adicionales.

Afirmó que la FIDUPREVISORA S.A., efectúa descuentos en los pagos de junio y diciembre y en mesadas otorgadas de manera adicional en los mismos periodos, descontando así un valor correspondiente al 24% sobrepasando lo dispuesto por la ley y en consecuencia, realiza catorce descuentos con destino a salud, por doce meses de servicios requeridos al año.

Comentó que solicitó ante la demandada, el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizado con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre y que a la fecha, la entidad requerida no dio respuesta de fondo a la petición radicada.

Finalmente, señaló que la accionada remitió dicha solicitud a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a través del Oficio No. 1.2.5.1.2-38-2012PQR4136 del 9 de

febrero de 2012, justificando que esa entidad es la competente para dar respuesta a la petición elevada por el actor.

1.1.1. Normas violadas y conceptos de violación (fls. 3-11)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política de Colombia.

Legales: artículo 10 del Código Civil; Ley 4ª de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 del mismo año; Ley 6ª de 1945; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Ley 91 de 1989; Decreto 1073 de 2003; Ley 1250 de 2008; y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 39-49)

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, el apoderado judicial de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones invocadas por la parte actora.

Señaló que el Ministerio de Educación Nacional, en virtud de la descentralización del sector educativo, perdió la facultad de ente nominador, premisa desarrollada por la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, las cuales trasladan la facultad de administración de los recursos a las entidades del orden territorial.

Añadió que mediante el Decreto 2831 de 2005, proferido por la Presidencia de la República, se trasladó la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes radicada en cabeza del Ministerio de Educación a las entidades territoriales, razón por la que la entidad del orden central carece de competencia y legitimidad para realizar tales funciones.

Sostuvo que la administración del patrimonio, fue objeto de contrato de fiducia mercantil establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, en el que expresamente se faculta al Ministerio de Educación Nacional para celebrar un contrato de fiducia con una sociedad de economía mixta, en el cual atribuye la calidad de administrador del patrimonio autónomo a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como principal responsable de garantizar totalmente la administración del patrimonio autónomo entregado por el fideicomitente.

Precisado lo anterior, señaló como argumento de defensa que es indiscutible la ausencia de responsabilidad en cabeza del Ministerio de Educación, en razón a que la parte actora no ha probado la existencia de vínculo contractual que justifique el pago de los derechos prestacionales pretendidos, pero además alega que los descuentos que se efectúan sobre cada mesada pensional son ilegales, cuando las normas que han sido reseñadas refieren lo contrario.

Así pues, solicitó la desvinculación de su representada en este proceso, pues carece de legitimidad y competencia para comparecer en el mismo mediante la descentralización del sector educativo señalado inicialmente.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: **i)** *inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica*; **ii)** *inexistencia de la obligación*; **iii)** *la improcedencia de las acciones en contra del Ministerio de Educación por la inexistencia de nexo causal*; **iv)** *vinculación del litisconsorte*; y **v)** *prescripción*.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 21 de septiembre de 2016, resolvió (fls. 74-85 y CD fl. 86):

"PRIMERO.- Denegar las pretensiones de la demanda, acorde con lo motivado ut supra.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C.G.P. En cuanto a las agencias en derecho se establecen en la suma correspondiente **al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría liquidense.

(...)"

Para adoptar tal determinación, la juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, concluyendo que el descuento autorizado del 5% de la mesada pensional, establecido en la Ley 4ª de 1966, reglamentada por el Decreto 1743 del mismo año, fue reiterado en el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968 y posteriormente por el Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

Indicó que en virtud de la Ley 91 de 1989, todos los docentes de todos los órdenes, debían ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, por lo que estarían sujetos al cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 8, numeral 5, esto es, de aplicar el descuento con destino a salud también sobre las mesadas adicionales sin distinción o sustracción alguna.

En ese sentido, la *a quo* precisó que no se generaría un doble descuento a la mesada pensional de los meses en los cuales se pagan las adicionales, sino que, por el contrario, se haría un descuento proporcional por cada mesada pensional concedida a cada docente, basado en el principio de solidaridad que sustenta la actividad del Estado Colombiano.

Refirió que dicho descuento fue aplicado hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual, en su artículo 204, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1250 de

2008, estableció una cotización mensual para salud, máximo del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Señaló que mediante la Ley 812 de 2003, vigente a partir del 27 de junio de 2003, específicamente en el artículo 81, el legislador dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al FOMAG, sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-369 de 2004.

Bajo ese contexto, y teniendo en cuenta la documental allegada al plenario, la juez de primera instancia consideró que en el presente asunto no hay lugar a la devolución de los dineros que ya fueron descontados por concepto de salud ni ordenar que no se sigan realizando, por cuanto dichos aportes, ordenados por el FOMAG en el acto de reconocimiento de la prestación, son legales a la luz del numeral 5, artículo 8 de la Ley 91 de 1989, sin que se configure un descuento acumulado del 24% sino que, por el contrario, es la retribución del 12% por mesada individual, como retribución al beneficio que se tiene por percibirlas.

Finalmente, la *a quo* advirtió que de conformidad con lo estipulado en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, era procedente la condena en costas a la parte actora.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionante, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente (fls. 88-98):

En primer lugar, señaló como razones de procedencia de sus pretensiones, que es necesario acudir a los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, respecto de las cuales se realizaron los descuentos objeto de debate.

Sostuvo que dentro de los docentes afiliados al FOMAG, se encuentran los pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Añadió que es válido entender que dichos pensionados deberán de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por otro lado, indicó que conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización a salud para los pensionados, está en su totalidad a cargo de los pensionados. Así mismo, resaltó que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deben cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho Fondo, vigentes anteriormente, los pensionados cancelaban una cotización menor, que en efecto, según el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, correspondía al 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del FOMAG.

Por lo anterior, agregó que resulta aplicable lo señalado en el párrafo del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, que establece que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos, no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

Citó algunos apartes de lo dispuesto por el H. Consejo de Estado y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y demás precedentes que en su sentir, son aplicables al caso concreto, y concluyó que conforme a lo expuesto, están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda instaurada, por lo que en consecuencia se deberán restituir las sumas descontadas al actor en las mesadas adicionales de diciembre, desde la fecha de reconocimiento de su estatus de pensionado.

Por último, y respecto a la condena en costas, consideró que la misma vulneró los principios de acceso a la administración de justicia y el debido proceso, *"pues si esta es la condena por acceder a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en manos de quien queda la resolución de los conflictos laborales suscitados por el mal actuar de la administración de justicia, pues la persona en adelante no solo debe asumir los gastos de la representación judicial requisito obligatorio, sino que además debe asumir por ende una condena por parte del Juez de Instancia, por el simple hecho de acudir a la jurisdicción."*(fl. 97).

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto de 24 de octubre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja (fl. 101) y admitido por esta Corporación mediante proveído de 25 de noviembre de 2016 (fl. 106). Finalmente, a través de auto de 13 de enero de 2017, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 110).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandante (fls. 112-115 y 116-123)

El apoderado del actor, reiteró lo expuesto en el escrito del recurso de apelación y así mismo, trajo a colación los argumentos jurídicos bajo los cuales el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca viene accediendo a las pretensiones de docentes del Magisterio, a los cuales se venía haciendo descuentos por este concepto, argumentos que solicitó sean tenidos en cuenta para el presente caso.

Frente al descuento para salud sobre las mesadas adicionales, señaló que el Decreto 1073 de 2002, reglamentario de las Leyes 71 y 79 de 1988, en su artículo 1 prevé los descuentos permitidos sobre las mesadas pensionales, estableciendo la prohibición de los mismos sobre las mesadas adicionales, y conforme a ello, consideró que resulta enteramente aplicable al caso en concreto.

En lo concerniente a los descuentos efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, reiteró la transgresión en lo establecido en el Decreto citado, en razón a que la entidad demandada lo pasó por alto.

Conforme a lo anterior, solicitó sean tenidos en cuenta los argumentos antes reseñados, al momento de proferir el fallo, en su beneficio y se acceda a las pretensiones que se solicitaron en la demanda.

2.1.2. Parte demandada: Guardó silencio.

2.2. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO (fls. 124-127)

El Procurador 45 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja, profirió Concepto No. 022 de 10 de febrero de 2017, en el que, luego de precisar la naturaleza de las mesadas adicionales de junio y diciembre a favor de los docentes, indicó que los descuentos a salud efectuados sobre dichas mesadas no se encuentran prohibidos, pues conforme lo establece el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que modificó el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, tales descuentos son necesarios para que el FOMAG preste los servicios de salud a los docentes, sin que por demás el legislador haya distinguido entre las mesadas correspondientes a cada mes y las adicionales.

Refirió que el artículo 1º del Decreto 2341 de 2003, al reglamentar el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, dispuso que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG corresponde a la suma de aportes para la salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, de donde se concluye que esta norma reiteró la obligación de los docentes, tanto activos como pensionados, de pagar los correspondientes aportes para el sistema de seguridad social en salud, los cuales deben descontarse de todas las mesadas que perciban.

Destacó los pronunciamientos que al respecto a proferido esta Corporación, en sentencias del 4 de abril de 2013, Rad. No. 2011-00183-01, M.P. Dr. César Humberto Sierra Peña y del 8 de febrero de 2017, Rad. No. 2015-00134-01, M.P. Dr. Luis Ernesto Arciniégas Triana, así como la providencia del 26 de septiembre de 2012, proferida por el Consejo de Estado, Rad. No. 2012-01285-00, C.P. Dr. Víctor Alvarado Ardila, solicitando que se confirme el fallo apelado.

II. 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 proferida en audiencia inicial el 21 de septiembre de 2016, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer si:

- i) *¿Es procedente el reintegro de los descuentos de seguridad social por concepto de salud aplicados a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como es el caso del demandante, beneficiario de la pensión ordinaria de jubilación, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre?*
- ii) *¿Es procedente la condena en costas impuesta por la a quo en la sentencia de primera instancia, o si por el contrario, como lo manifiesta el actor, la misma atenta contra los principios de acceso a la administración de justicia y debido proceso?*

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

A efectos de resolver los interrogantes planteados, es imperioso traer al plenario la base legal y jurisprudencial que regula el tema propuesto en la alzada, así:

2.1. De la pensión y los aportes en 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”, en relación con el aporte por concepto de salud sobre las pensiones, dispuso:

“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. Con posterioridad, la Ley 4ª de 1976, “por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones” sobre el particular señaló:

“Artículo 7: 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.”

De la norma citada en precedencia, se encuentra que no hace distinción alguna, sino que establece el derecho a la seguridad social en salud para

todos los pensionados, siempre que cumplieran con el pago de aportes para tales servicios.

A su turno, la Ley 100 de 1993, estableció en el artículo 153 como una regla general del servicio público de salud, la obligatoriedad de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud para todos los habitantes de Colombia, dentro de los cuales, se entiende, quedan incluidas las personas que disfrutaran de pensión de jubilación.

Así mismo, en el artículo 157 de la citada ley, se establecen los tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud incluyendo tanto a afiliados al régimen contributivo como al régimen subsidiado y entre los primeros el legislador incluyó a los pensionados y jubilados.

2.2. De las mesadas adicionales de junio y diciembre

La Ley 100 de 1993, previó la mesada adicional de junio, en su artículo 142, en los siguientes términos:

"MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS.

<Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994..."

Por su parte, el artículo 279 *ibídem*, exceptuó de su aplicación a algunos sectores de pensionados, entre ellos los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (inciso 2), así:

"EXCEPCIONES...

*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"* (Negrita fuera de texto).

Tal y como estaba redactado el citado artículo, se tornaba discriminatorio en cuanto impedía el reconocimiento de la mesada adicional de junio al sector de pensionados que se encontraban cobijados por el régimen de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y que no gozaban de tal prestación, por no haber sido contemplada en las leyes especiales que les gobernaban.

Fue así, como el legislador, posteriormente y teniendo como antecedente la sentencia C-409 de 1994, proferida por la Corte Constitucional, a través de la Ley 238 de 1995 hizo extensiva la mesada adicional del sistema general de

pensiones a los grupos de docentes de los regímenes exceptuados de la aplicación del régimen general de pensiones, sin que ello significare modificar esos regímenes, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."

Bajo ese entendido a partir de la adición introducida por la Ley 238 de 1995, todos los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tienen derecho a una mesada adicional pagada en el mes de junio, pero ello no significa que se hubiere modificado su régimen especial, ni mucho menos que hubieren sido incorporados al Sistema de Seguridad Social Integral, por lo tanto, las disposiciones del régimen excepcional quedaron incólumes y siguen siendo de obligatorio cumplimiento.

En cuanto a la mesada adicional de diciembre, se tiene que no fue contemplada por una disposición especial de manera diferente o exclusiva a favor de los docentes, sino que se trata de una prerrogativa de la que gozan los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado, que tuvo como origen la Ley 4ª de 1976, publicada en el Diario Oficial N° 34.483, del 5 de febrero de 1976 de la siguiente manera:

"Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión."

A modo de referencia, se advierte que la Ley 100 de 1993 reiteró en su artículo 50, lo contemplado en el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, así:

"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."

2.3. De los descuentos por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre en la pensión de jubilación de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 42 de 1982, en su artículo 7º, excluyó expresamente de todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, al señalar:

"Artículo 7o. La mensualidad adicional de que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones."

La prohibición del descuento sobre tal mesada fue reiterada por la Ley 43 de 1984 en los siguientes términos:

“Artículo 5°. A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.”

Con posterioridad a la expedición de las mencionadas normas, se profirió la Ley 91 de 1989, en la cual se dispuso la administración y pago de las pensiones y la administración y prestación del servicio médico de salud de todos los docentes sin excepción alguna, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Específicamente, el numeral 5° del artículo 8° de la citada disposición, consagró:

“Artículo 8. 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. (...)”

Es decir, que a raíz de la promulgación de la norma referida los docentes pasaron a ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a éste le correspondió la administración de su servicio médico de salud, por ende, dicha entidad se encontraba autorizada para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara, inclusive las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.

A través del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993, se excluyó nuevamente a las mesadas pensionales adicionales de los aportes a salud, así:

“Artículo 1°. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

(...)

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales (negrilla 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..."

Así mismo, el Acto Legislativo 01 de 2005, ratifica en su primer párrafo 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 párrafo lo siguiente:

"...Párrafo 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..."

En ese sentido, a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de la cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993¹, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007² en 12.5%, y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008³ en el porcentaje del 12%.

Entiende la Sala, que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional dado que por pertenecer a uno especial, se encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 *ibídem* y el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Por tanto, se tiene que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones

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".

² "ARTÍCULO 10. Modifícase el inciso 1o del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así: ... La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización..."

³ "Art 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así: ...La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional"

Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Ahora, si bien las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989, especial y posterior sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º, por lo que las previsiones de la Ley 812 de 2003, que extendieron el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente⁴ el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general y obedece a la libre configuración legislativa.

En el *sub lite*, la normatividad que regula el régimen excepcional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio deben ser las aplicadas por encontrarse vigentes y ser las especiales al caso, más allá de las interpretaciones realizadas por el actor, toda vez que de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus decisiones "sólo están sometidos al imperio de la ley".

2.4. Del principio de solidaridad que rige el sistema de seguridad social

El principio de solidaridad, pilar básico del Estado Social de Derecho, en virtud del cual, quienes obtienen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos para garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social, fue reconocido por la Constitución de 1991, en los siguientes términos:

Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

(...)

⁴ ARTICULO 71. C.C. "La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

ARTICULO 72. "La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley."

Artículo 48. **La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio** que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, **en sujeción a los principios de** eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley (...)

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la **prestación de servicios de salud** a los habitantes y de saneamiento ambiental **conforme a los principios de** eficiencia, universalidad y **solidaridad**...

(...)

Artículo 95. (...) Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. **Obrar conforme al principio de solidaridad social**, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. (Negrita fuera del texto).

La Ley 100 de 1993, incluye dentro de los principios que rigen el Sistema en Seguridad Social, el de solidaridad, así:

"Artículo 2º PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

(...).

c. **SOLIDARIDAD:** Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicaran siempre a los grupos de población más vulnerables.

(...)"

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha reflejado en su jurisprudencia el papel preponderante del principio de solidaridad que en el sistema actual adquiere mayor relevancia, en los siguientes términos:

"La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad. La solidaridad no se encuentra sólo en cabeza del Estado sino que también los particulares tienen una carga al respecto. Además, según la filosofía del sistema, los aportes no tienen que verse necesariamente reflejados en las prestaciones, pues estos aportes tienen finalidades que sobrepasan el interés individual del afiliado y apuntan a la protección del sistema considerado como un conjunto dirigido a proteger a toda la población.⁵

Por tanto, el principio Constitucional de solidaridad impone la obligatoriedad de ayuda entre congéneres y supone la colaboración de la sociedad con aquellas personas que se encuentran en desventaja.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

Es indiscutible que algunas personas tienen más posibilidades económicas que otras, además, cabe manifestar que con el descuento reclamado, el actor está contribuyendo a la sostenibilidad, equidad y eficiencia del Sistema, lo que implica que las personas menos favorecidas también puedan recibir un servicio de salud adecuado.

Aunado a lo anterior, es importante aclarar que el régimen pensional, cualquiera que éste sea, se rige por el principio de solidaridad, por ello, no puede colegirse que el otorgamiento de la pensión de jubilación esté exenta de los respectivos aportes al sistema, y por lo tanto, obliga a que los acreedores de esa pensión con un aporte mensual, contribuyan al mantenimiento de un capital base que permita al Estado atender el conjunto de obligaciones que genera el sistema.

Vistas así las cosas, no podría considerarse válidamente que el Decreto Reglamentario 1703 de 2002, excluyó a los beneficiarios de la pensión de jubilación del principio de solidaridad y los eximió de la contribución en salud; ello carecería de toda razón en la lógica del funcionamiento del Estado Social de Derecho. El artículo 14 de esa norma previó:

*"Artículo 14. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. Para efectos 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). (...)"*

2.5. De la 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 proceso⁶ 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 del expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, la noción de costas incluye las agencias en derecho, que

⁶ Artículo 171 Num. 4 en conc. Art. 178 ib.

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, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁷ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos, conforme a los criterios previstos en el numeral 8° del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007⁸.

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 del CPACA, 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, se 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 A 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, C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Rad. Interna No: 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:

⁷ Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

⁸ 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"

"(...) 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 público⁹.

Así mismo, 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. [...] (Negrita 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**¹⁰, 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 en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

(...)

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

⁹ 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 [...]"**.

¹⁰ 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"

- 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 CGP¹¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

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.

2.5.1. Del derecho al acceso a la administración de justicia¹²

Los artículos 228 y 229 de la Constitución Política establecen:

"Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

*Artículo 229. **Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.** La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado."*

Este derecho se erige en el ordenamiento superior como una garantía y derecho fundamental de todas las personas, que se ve materializado en la protección especial por parte del Estado, no obstante, éste no se realiza únicamente con la posibilidad de presentar solicitudes o de plantear

¹¹ **"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 obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"

¹² Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3. Sentencia de 27 de abril de 2017. Rad. No. 2015-00197-01. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

pretensiones ante las autoridades judiciales, al contrario, éste se logra "...cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y realización de los derechos amenazados o vulnerados. Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho al que hace alusión la norma que se revisa -que está contenida en los artículos 29 y 229 de la Carta Política- como uno de los derechos fundamentales, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela prevista en el artículo 86 superior."¹³

La Corte Constitucional, ha entendido este derecho como la posibilidad reconocida a todas las personas para acudir, **en condiciones de igualdad**, ante las instancias que ejerzan funciones jurisdiccionales, en aras de garantizar sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción de las garantías y procedimientos previstos en la Constitución y la ley¹⁴.

La misma Corporación, mediante la sentencia C-279 de 2013, estableció los elementos y efectos de este derecho en los procesos como se observa a continuación:

"Por lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha venido reconociendo que el derecho a la administración de justicia no es una garantía abstracta, sino que tiene efectos y condiciones concretas en los procesos:

(i) ***El derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares.***

(ii) *El derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos".*

(iii) *Contar con la posibilidad de obtener la prueba necesaria a la fundamentación de las peticiones que se eleven ante el juez"*

(iv) *El derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas*

(v) ***El derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas.***

(vi) ***El derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso.***

3.4.3. Configuración legal y límites del acceso a la administración de justicia

3.4.3.1. El acceso a la administración de justicia es un derecho de configuración legal, sometido a las consideraciones del legislador en torno a su regulación y

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-006 de 1992.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-799 de 2011.

ejecución material. Si bien la tutela judicial efectiva se define como un derecho fundamental de aplicación inmediata, esta última característica es predicable básicamente de su contenido o núcleo esencial, ya que el diseño de las condiciones de acceso y la fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde establecerlos al legislador.

3.4.3.2. En este sentido, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 2° del artículo 150 Superior, la regulación de los procedimientos judiciales, su acceso, etapas, características, formas, plazos y términos es atribución exclusiva del legislador, el cual, atendiendo a las circunstancias socio-políticas del país y a los requerimientos de justicia, goza para tales efectos de un amplio margen de configuración tan sólo limitado "por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, en cuanto éstas se encuentren acordes con las garantías constitucionales de forma que permitan la realización material de los derechos sustanciales".

3.4.3.3. En virtud de la potestad de configuración con la que cuenta el legislador, este puede regular y definir entre los múltiples aspectos de su resorte legislativo, algunos de los siguientes elementos procesales:

- (i) **El establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades, esto es, los recursos de reposición, apelación, u otros, así como los requisitos y las condiciones de procedencia de los mismos.**
- (ii) Las etapas procesales y los términos y formalidades que se deben cumplir en cada uno de los procesos.
- (iii) La radicación de competencias en una determinada autoridad judicial, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita en la Carta.
- (iv) Los medios de prueba.
- (v) **Los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, del juez y aún de los terceros intervinientes, sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos."** (Negrita fuera de texto, subrayas del original).

En esas condiciones, colige la Sala que el sustrato del derecho de acceso a la administración de justicia, atina a que las autoridades profieran decisiones de fondo de acuerdo al asunto presentado, no obstante, se vulnera cuando se pretermite el análisis congruente de las pretensiones o se dificulta o imposibilita tal acceso.

No obstante, esa garantía de acceder a la administración de justicia, está regulada por el legislador de manera detallada; en efecto, de conformidad con el numeral 2° del artículo 150 Superior, en el Congreso radica la competencia de la regulación de los procedimientos judiciales, su acceso, etapas, formas, plazos y términos, el cual, tiene un amplio margen que se encuentra limitado tan solo por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas. En esas condiciones, el legislador tiene la potestad para definir, entre otras, los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes y del juez "sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger

a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos"¹⁵

La Corte Constitucional, en la sentencia C-372 de 2011, señaló:

"(...) (E)l derecho de acceso a la administración de justicia resultaría **seriamente afectado en su núcleo esencial si**, como lo anotó la Corte, **"este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie"**. Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia.

(...) (E)n virtud de la cláusula general de competencia (Art. 150-2), el legislador está ampliamente facultado para fijar los procedimientos judiciales y, en particular, los términos que conducen a su realización, siempre y cuando los mismos sean razonables y estén dirigidos a garantizar el derecho sustancial".

Adicionalmente, en la sentencia C-279 de 2013 antes citada, esa Corporación se refirió a la libertad del legislador para establecer los lineamientos que rigen los procesos judiciales:

"(...) 3.6. EL ESTABLECIMIENTO DE CARGAS PROCESALES POR EL LEGISLADOR

(...) 3.6.1.2. En virtud de estas facultades de configuración **el legislador tiene competencia para establecer dentro de los distintos trámites judiciales imperativos jurídicos de conducta consistentes en deberes, obligaciones y cargas procesales a las partes, al juez y a terceros intervinientes, para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o a algunos de ellos.**

3.6.1.3. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la norma superior como puede ser el caso del debido proceso y del acceso a la administración justicia, **implica así mismo el ejercicio de responsabilidades que se pueden consolidar en el ámbito procesal y sustancial. Es válido entonces que en los diversos trámites judiciales, la ley asigne a las partes, a terceros e incluso al juez, obligaciones jurídicas, deberes de conducta o cargas para el ejercicio de los derechos y del acceso a la administración de justicia, que si están sometidas a los límites constitucionales previamente enunciados, resultan plenamente legítimas.**

3.6.1.4. En ese orden de ideas observa la Corte que el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia debe acompañarse con deberes obligaciones y cargas procesales que el legislador en desarrollo de mandatos como los contenidos en el artículo 95-7 constitucional **puede imponer a quienes acuden a la organización judicial del Estado; deberes, obligaciones y cargas que se orientan a garantizar los principios propios de la administración de justicia** (art. 228 C.P.)[64].

3.6.1.5. La jurisprudencia de esta Corporación ha distinguido en este sentido de manera clara los deberes, las obligaciones y las cargas procesales:

(...)
Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de

¹⁵ Corte Constitucional, C-652 de 1997.

la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. "El daño que se cause con ese abuso, dice, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena en costas". ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil", número 130).

(...)

En ese orden de ideas observa la Corte que **el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia debe acompañarse con deberes, obligaciones y cargas procesales que el legislador en desarrollo de mandatos como los contenidos en el artículo 95-7 constitucional puede imponer a quienes acuden a la organización judicial del Estado; deberes, obligaciones y cargas que se orientan a garantizar los principios propios de la administración de justicia (art. 228 C.P.)**". (Negrilla y subrayas fuera de texto)

En plena observancia de lo transcrito, el derecho de acceso a la administración de justicia no es ilimitado ni depende del libre albedrío de los usuarios, conlleva cargas y obligaciones y su inobservancia acarrea consecuencias negativas tales como la preclusión de una oportunidad o la pérdida de un derecho material *"teniendo en cuenta que el sometimiento a normas adjetivas que son parte de un procedimiento jurídico en particular, no es optativo"*¹⁶

3. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, el señor HUMBERTO ARÉVALO RUIZ pretende que se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo que se configuró al no haber obtenido respuesta a su petición formulada ante la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negando así el reintegro y la suspensión de los descuentos del 12% realizados a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de su pensión de jubilación.

Al respecto, de la documentación aportada al plenario, se observa que el demandante se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, entidad que a través de la Secretaría de Educación de Boyacá, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 0958 de 8 de julio de 2005 (fls. 14-15) por lo que era viable que se practicara el descuento por concepto de salud sobre las mesadas adicionales que devenga, tal como se dijo en precedencia.

Así, en concordancia con lo expuesto en el acápite de marco normativo y jurisprudencial, se evidencia que al ser el actor pensionado afiliado al FOMAG, los descuentos por concepto de salud sobre sus mesadas adicionales son legales, pues se encuentran autorizados por el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, que expresamente lo dispuso.

Se reitera que la extensión efectuada por la Ley 812 de 2003, y el parágrafo transitorio No. 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, solo avanzó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, más no derogó lo

¹⁶ Corte Constitucional, C-1512 de 2000

establecido en la Ley 91 de 1989 -norma especial-, que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto ésta se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general y obedece a la libre configuración legislativa.

Adicionalmente, se debe advertir que en aras de dar primacía al bien general sobre el particular, se hacen posibles también los descuentos enjuiciados, pues no se trata simplemente del pago de salud, sino de la contribución solidaria al sostenimiento del sistema, como la misma Constitución Política lo dispone y como lo ha considerado ampliamente la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por consiguiente, acogiendo este criterio, concluye la Sala que no sólo existen reglas de orden legal, sino principios y reglas de orden constitucional que imponen la contribución al sistema de salud por parte de los beneficiarios de la pensión vitalicia de jubilación, como se ha dejado expuesto, por lo que en efecto y como lo consideró la *a quo*, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar lo que conlleva a que se confirme la sentencia apelada.

Finalmente, y en relación a la **condena en costas en primera instancia** impuesta al accionante, es claro que las costas se sujetan a un régimen objetivo, tal como se ha explicado con amplitud sin desconocer 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 188 del CPACA, refiere lo siguiente:

"Artículo 188.- Condena en costas. 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."

Por su parte, 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.

(...)

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." (Resalta la Sala).

De lo anterior, se concluye que lo estipulado en el artículo 188 del CPACA, que señala que "la sentencia dispondrá sobre la condena en costas", no debe ser de manera literal, ya que dicha labor debe hacerse de manera armónica junto con las disposiciones pertinente del CGP, tal y como lo previó el legislador, lo cual permite concluir que **el juez está facultado para condenar o no en costas a la parte vencida, siempre y cuando las mismas estén acreditadas en el proceso**¹⁷.

Así las cosas, en el asunto de la referencia la Sala encuentra que la condena en costas impuesta en primera instancia, vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia del accionante, pues la a quo únicamente refirió que dicha condena procedía conforme a lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA, 365 y 366-4 del CGP, sin que advirtiera que las mismas se encontraban causadas y debidamente acreditadas en el expediente.

Por las anteriores razones, se revocará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, relacionado con la condena en costas y agencias en derecho.

• **CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

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"¹⁸ porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 CGP.

Frente a las agencias en derecho en la segunda instancia, se advierte que en el trámite aquí surtido no se generaron, atendiendo que la parte demandada no presentó escrito de alegatos de conclusión.

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

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia de 1º de diciembre de 2017, Rad. No. 11001-03-15-000-2017-01451-01, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁸ CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial el 21 de septiembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, y en su lugar se dispone:

"SEGUNDO: Sin condena en costas."

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

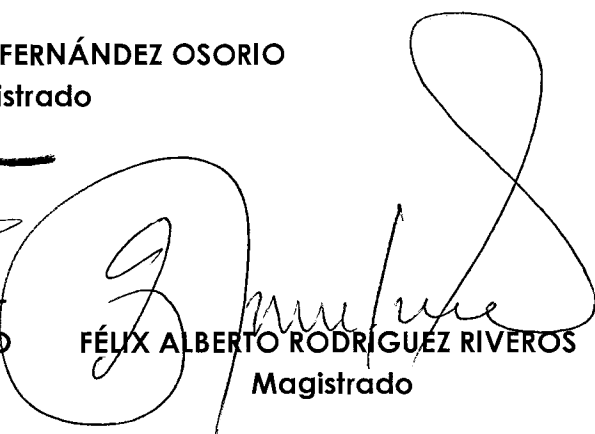
CUARTO: Notificada la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

JUDICIAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
BOYACÁ
Circuito Judicial de Tunja
Sala de Decisión No. 4
21 de septiembre de 2016
10
FOMAG

HOJA DE FIRMAS

Medio de Control; Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013333007-2015-00212-01
Demandante: HUMBERTO ARÉVALO RUIZ
Demandado: NACIÓN – MEN – FOMAG



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 23 ENE. 2018

DEMANDANTE:	EDUARDO VARGAS REYES
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
REFERENCIA:	150013333007-2015-00220-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	REINTEGRO DESCUENTOS (12%) CON DESTINO A SALUD
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial el 6 de septiembre de 2016, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja, mediante la cual se denegaron 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 EDUARDO VARGAS REYES, 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 del acto ficto o presunto negativo**, que se configuró al no haber obtenido respuesta a su petición radicada ante la Secretaría de Educación de Boyacá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del 12% de las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que ésta a su vez le ordene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (en calidad de administradora de sus recursos), la suspensión y el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados con destino a salud, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde la adquisición de su status jurídico de pensionado, esto es, el 19 de agosto de 2004 hasta la fecha.

Así mismo, pidió que se condene a la demandada al pago de forma indexada del valor de las diferencias adeudadas desde la fecha del status jurídico, aplicando para tal fin la variación del IPC certificado por el DANE; que se condene al cumplimiento del fallo que se profiera en el presente proceso, conforme a lo establecido en los artículos 192 y 195 del CPACA y que reconozca los intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, tal como lo señala el artículo 192 *ibídem*.

Finalmente, solicitó condenar a la entidad accionada a que, en caso de que no dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011, realice el pago con el interés moratorio a la tasa comercial y que se le condene en costas y gastos del proceso en los términos del artículo 188 del CPACA.

1.1.2. Fundamentos fácticos (fl. 4)

Manifestó el apoderado de la parte actora, que el señor EDUARDO VARGAS REYES laboró como docente para el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ.

Adujo que mediante Resolución No. 117 de 5 de abril de 2005, le fue reconocido el derecho a una pensión por invalidez, a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ, en cuantía de \$1.668.815, efectiva a partir del 19 de agosto de 2004.

Indicó que como consecuencia de lo anterior, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de administradora de los recursos del FOMAG - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ, asumió el descuento y pago de las deducciones en salud, correspondiente al 12% sobre las mesadas pensionales, pero que desde el nacimiento del derecho e inclusión en nómina del actor, dicha entidad ha venido descontando el 12% para salud de las mesadas de junio y diciembre (pagada ésta última en noviembre), las cuales son denominadas mesadas adicionales.

Afirmó que la FIDUPREVISORA S.A., efectúa descuentos en los pagos de junio y diciembre y en mesadas otorgadas de manera adicional en los mismos periodos, descontando así un valor correspondiente al 24% sobrepasando lo dispuesto por la ley y en consecuencia, realiza catorce descuentos con destino a salud, por doce meses de servicios requeridos al año.

Comentó que solicitó ante la demandada, el reintegro y suspensión de los descuentos del 12% realizado con destino a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre y que a la fecha, la entidad requerida no dio respuesta de fondo a la petición radicada.

Finalmente, señaló que la accionada remitió dicha solicitud a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a través del Oficio No. 1.2.1.38 del 22 de septiembre de 2015,

justificando que esa entidad es la competente para dar respuesta a la petición elevada por el actor.

1.1.1. Normas violadas y conceptos de violación (fls. 4-12)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política de Colombia.

Legales: artículo 10 del Código Civil; Ley 4ª de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 del mismo año; Ley 6ª de 1945; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Ley 91 de 1989; Decreto 1073 de 2003; Ley 1250 de 2008; y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 37-46)

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, el apoderado judicial de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones invocadas por la parte actora.

Señaló que el Ministerio de Educación Nacional, en virtud de la descentralización del sector educativo, perdió la facultad de ente nominador, premisa desarrollada por la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, las cuales trasladan la facultad de administración de los recursos a las entidades del orden territorial.

Añadió que mediante el Decreto 2831 de 2005, proferido por la Presidencia de la República, se trasladó la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes radicada en cabeza del Ministerio de Educación a las entidades territoriales, razón por la que la entidad del orden central carece de competencia y legitimidad para realizar tales funciones.

Sostuvo que la administración del patrimonio, fue objeto de contrato de fiducia mercantil establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, en el que expresamente se faculta al Ministerio de Educación Nacional para celebrar un contrato de fiducia con una sociedad de economía mixta, en el cual atribuye la calidad de administrador del patrimonio autónomo a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como principal responsable de garantizar totalmente la administración del patrimonio autónomo entregado por el fideicomitente.

Precisado lo anterior, señaló como argumento de defensa que es indiscutible la ausencia de responsabilidad en cabeza del Ministerio de Educación, en razón a que la parte actora no ha probado la existencia de vínculo contractual que justifique el pago de los derechos prestacionales pretendidos, pero además alega que los descuentos que se efectúan sobre cada mesada pensional son ilegales, cuando las normas que han sido reseñadas refieren lo contrario.

Así pues, solicitó la desvinculación de su representada en este proceso, pues carece de legitimidad y competencia para comparecer en el mismo mediante la descentralización del sector educativo señalado inicialmente.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: **i)** *inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica*; **ii)** *inexistencia de la obligación*; **iii)** *la improcedencia de las acciones en contra del Ministerio de Educación por la inexistencia de nexo causal*; **iv)** *falta de legitimación por pasiva*; y **v)** *prescripción*.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 6 de septiembre de 2016, resolvió (fls. 77-85 y CD fl. 86):

"PRIMERO.- Denegar las pretensiones de la demanda, acorde con lo motivado *ut supra*.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C.G.P. En cuanto a las agencias en derecho se establecen en la suma correspondiente **al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría liquídense.

(...)"

Para adoptar tal determinación, la juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, concluyendo que el descuento autorizado del 5% de la mesada pensional, establecido en la Ley 4ª de 1966, reglamentada por el Decreto 1743 del mismo año, fue reiterado en el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968 y posteriormente por el Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

Indicó que en virtud de la Ley 91 de 1989, todos los docentes de todos los órdenes, debían ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, por lo que estarían sujetos al cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 8, numeral 5, esto es, de aplicar el descuento con destino a salud también sobre las mesadas adicionales sin distinción o sustracción alguna.

En ese sentido, la *a quo* precisó que no se generaría un doble descuento a la mesada pensional de los meses en los cuales se pagan las adicionales, sino que, por el contrario, se haría un descuento proporcional por cada mesada pensional concedida a cada docente, basado en el principio de solidaridad que sustenta la actividad del Estado Colombiano.

Refirió que dicho descuento fue aplicado hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual, en su artículo 204, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1250 de

2008, estableció una cotización mensual para salud, máximo del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Señaló que mediante la Ley 812 de 2003, vigente a partir del 27 de junio de 2003, específicamente en el artículo 81, el legislador dispuso que el régimen de cotización de los docentes afiliados al FOMAG, sería el contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-369 de 2004.

Bajo ese contexto, y teniendo en cuenta la documental allegada al plenario, la juez de primera instancia consideró que en el presente asunto no hay lugar a la devolución de los dineros que ya fueron descontados por concepto de salud ni ordenar que no se sigan realizando, por cuanto dichos aportes, ordenados por el FOMAG en el acto de reconocimiento de la prestación, son legales a la luz del numeral 5, artículo 8 de la Ley 91 de 1989, sin que se configure un descuento acumulado del 24% sino que, por el contrario, es la retribución del 12% por mesada individual, como retribución al beneficio que se tiene por percibirlas.

Finalmente, la *a quo* advirtió que de conformidad con lo estipulado en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, era procedente la condena en costas a la parte actora.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionante, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente (fls. 87-97):

En primer lugar, señaló como razones de procedencia de sus pretensiones, que es necesario acudir a los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, respecto de las cuales se realizaron los descuentos objeto de debate.

Sostuvo que dentro de los docentes afiliados al FOMAG, se encuentran los pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, pues así lo prevé la Ley 91 de 1989. Añadió que es válido entender que dichos pensionados deberán de ahora en adelante, cancelar la cotización prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por otro lado, indicó que conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización a salud para los pensionados, está en su totalidad a cargo de los pensionados. Así mismo, resaltó que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deben cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho Fondo, vigentes anteriormente, los pensionados cancelaban una cotización menor, que en efecto, según el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, correspondía al 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del FOMAG.

Por lo anterior, agregó que resulta aplicable lo señalado en el párrafo del artículo 1° del Decreto 1073 de 2002, que establece que de conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos, no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.

Citó algunos apartes de lo dispuesto por el H. Consejo de Estado y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y demás precedentes que en su sentir, son aplicables al caso concreto, y concluyó que conforme a lo expuesto, están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda instaurada, por lo que en consecuencia se deberán restituir las sumas descontadas al actor en las mesadas adicionales de diciembre, desde la fecha de reconocimiento de su estatus de pensionado.

Por último, y respecto a la condena en costas, consideró que la misma vulneró los principios de acceso a la administración de justicia y el debido proceso, *"pues si esta es la condena por acceder a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en manos de quien queda la resolución de los conflictos laborales suscitados por el mal actuar de la administración de justicia, pues la persona en adelante no solo debe asumir los gastos de la representación judicial requisito obligatorio, sino que además debe asumir por ende una condena por parte del Juez de Instancia, por el simple hecho de acudir a la jurisdicción."*(fl. 96).

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto de 10 de octubre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja (fl. 106) y admitido por esta Corporación mediante proveído de 25 de noviembre de 2016 (fl. 115). Finalmente, a través de auto de 13 de enero de 2017, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 119).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandante (fls. 121-124)

El apoderado del actor, reiteró lo expuesto en el escrito del recurso de apelación y así mismo, trajo a colación los argumentos jurídicos bajo los cuales el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca viene accediendo a las pretensiones de docentes del Magisterio, a los cuales se venía haciendo descuentos por este concepto, argumentos que solicitó sean tenidos en cuenta para el presente caso.

Frente al descuento para salud sobre las mesadas adicionales, señaló que el Decreto 1073 de 2002, reglamentario de las Leyes 71 y 79 de 1988, en su artículo 1 prevé los descuentos permitidos sobre las mesadas pensionales, estableciendo la prohibición de los mismos sobre las mesadas adicionales, y conforme a ello, consideró que resulta enteramente aplicable al caso en concreto.

En lo concerniente a los descuentos efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, reiteró la transgresión en lo establecido en el Decreto citado, en razón a que la entidad demandada lo pasó por alto.

Conforme a lo anterior, solicitó sean tenidos en cuenta los argumentos antes reseñados, al momento de proferir el fallo, en su beneficio y se acceda a las pretensiones que se solicitaron en la demanda.

2.1.2. Parte demandada: Guardó silencio.

2.2. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO (fls. 125-129)

El Procurador 45 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja, profirió Concepto No. 023 de 10 de febrero de 2017, en el que, luego de precisar la naturaleza de las mesadas adicionales de junio y diciembre a favor de los docentes, indicó que los descuentos a salud efectuados sobre dichas mesadas no se encuentran prohibidos, pues conforme lo establece el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que modificó el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, tales descuentos son necesarios para que el FOMAG preste los servicios de salud a los docentes, sin que por demás el legislador haya distinguido entre las mesadas correspondientes a cada mes y las adicionales.

Refirió que el artículo 1º del Decreto 2341 de 2003, al reglamentar el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, dispuso que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG corresponde a la suma de aportes para la salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, de donde se concluye que esta norma reiteró la obligación de los docentes, tanto activos como pensionados, de pagar los correspondientes aportes para el sistema de seguridad social en salud, los cuales deben descontarse de todas las mesadas que perciban.

Destacó los pronunciamientos que al respecto a proferido esta Corporación, en sentencias del 4 de abril de 2013, Rad. No. 2011-00183-01, M.P. Dr. César Humberto Sierra Peña y del 8 de febrero de 2017, Rad. No. 2015-00134-01, M.P. Dr. Luis Ernesto Arciniégas Triana, así como la providencia del 26 de septiembre de 2012, proferida por el Consejo de Estado, Rad. No. 2012-01285-00, C.P. Dr. Víctor Alvarado Ardila, solicitando que se confirme el fallo apelado.

II. 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 proferida en audiencia inicial el 21 de septiembre de 2016, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer si:

- i) *¿Es procedente el reintegro de los descuentos de seguridad social por concepto de salud aplicados a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como es el caso del demandante, beneficiario de una pensión de invalidez, sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre?*
- ii) *¿Es procedente la condena en costas impuesta por la a quo en la sentencia de primera instancia, o si por el contrario, como lo manifiesta el actor, la misma atenta contra los principios de acceso a la administración de justicia y debido proceso?*

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

A efectos de resolver los interrogantes planteados, es imperioso traer al plenario la base legal y jurisprudencial que regula el tema propuesto en la alzada, así:

2.1. De la pensión y los aportes en 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”, en relación con el aporte por concepto de salud sobre las pensiones, dispuso:

“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. Con posterioridad, la Ley 4ª de 1976, “por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones” sobre el particular señaló:

“Artículo 7: 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.”

De la norma citada en precedencia, se encuentra que no hace distinción alguna, sino que establece el derecho a la seguridad social en salud para

todos los pensionados, siempre que cumplieran con el pago de aportes para tales servicios.

A su turno, la Ley 100 de 1993, estableció en el artículo 153 como una regla general del servicio público de salud, la obligatoriedad de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud para todos los habitantes de Colombia, dentro de los cuales, se entiende, quedan incluidas las personas que disfrutaran de pensión de jubilación.

Así mismo, en el artículo 157 de la citada ley, se establecen los tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud incluyendo tanto a afiliados al régimen contributivo como al régimen subsidiado y entre los primeros el legislador incluyó a los pensionados y jubilados.

2.2. De las mesadas adicionales de junio y diciembre

La Ley 100 de 1993, previó la mesada adicional de junio, en su artículo 142, en los siguientes términos:

"MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS.

<Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994..."

Por su parte, el artículo 279 *ibídem*, exceptuó de su aplicación a algunos sectores de pensionados, entre ellos los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (inciso 2), así:

"EXCEPCIONES...

*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"* (Negrita fuera de texto).

Tal y como estaba redactado el citado artículo, se tornaba discriminatorio en cuanto impedía el reconocimiento de la mesada adicional de junio al sector de pensionados que se encontraban cobijados por el régimen de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y que no gozaban de tal prestación, por no haber sido contemplada en las leyes especiales que les gobernaban.

Fue así, como el legislador, posteriormente y teniendo como antecedente la sentencia C-409 de 1994, proferida por la Corte Constitucional, a través de la Ley 238 de 1995 hizo extensiva la mesada adicional del sistema general de

pensiones a los grupos de docentes de los regímenes exceptuados de la aplicación del régimen general de pensiones, sin que ello significare modificar esos regímenes, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."

Bajo ese entendido a partir de la adición introducida por la Ley 238 de 1995, todos los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tienen derecho a una mesada adicional pagada en el mes de junio, pero ello no significa que se hubiere modificado su régimen especial, ni mucho menos que hubieren sido incorporados al Sistema de Seguridad Social Integral, por lo tanto, las disposiciones del régimen excepcional quedaron incólumes y siguen siendo de obligatorio cumplimiento.

En cuanto a la mesada adicional de diciembre, se tiene que no fue contemplada por una disposición especial de manera diferente o exclusiva a favor de los docentes, sino que se trata de una prerrogativa de la que gozan los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado, que tuvo como origen la Ley 4ª de 1976, publicada en el Diario Oficial N° 34.483, del 5 de febrero de 1976 de la siguiente manera:

"Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión."

A modo de referencia, se advierte que la Ley 100 de 1993 reiteró en su artículo 50, lo contemplado en el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, así:

"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."

2.3. De los descuentos por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre en la pensión de jubilación de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Ley 42 de 1982, en su artículo 7º, excluyó expresamente de todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, al señalar:

"Artículo 7o. La mensualidad adicional de que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones."

La prohibición del descuento sobre tal mesada fue reiterada por la Ley 43 de 1984 en los siguientes términos:

"Artículo 5º. A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3º. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional."

Con posterioridad a la expedición de las mencionadas normas, se profirió la Ley 91 de 1989, en la cual se dispuso la administración y pago de las pensiones y la administración y prestación del servicio médico de salud de todos los docentes sin excepción alguna, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Específicamente, el numeral 5º del artículo 8º de la citada disposición, consagró:

"Artículo 8. 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. (...)"

Es decir, que a raíz de la promulgación de la norma referida los docentes pasaron a ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a éste le correspondió la administración de su servicio médico de salud, por ende, dicha entidad se encontraba autorizada para descontar el 5% de cada mesada pensional que pagara, inclusive las mesadas adicionales sin importar su naturaleza.

A través del Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993, se excluyó nuevamente a las mesadas pensionales adicionales de los aportes a salud, así:

"Artículo 1º. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

(...)

Parágrafo. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales (negrilla 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..."

Así mismo, el Acto Legislativo 01 de 2005, ratifica en su primer párrafo 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 párrafo lo siguiente:

"...Párrafo 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..."

En ese sentido, a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de la cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional del 5% inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993¹, posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007² en 12.5%, y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008³ en el porcentaje del 12%.

Entiende la Sala, que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización de salud, los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, pero esto no significó que se alterara su régimen prestacional dado que por pertenecer a uno especial, se encuentran exceptuados del general, tal y como lo dispone el artículo 279 *ibídem* y el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Por tanto, se tiene que la Ley 91 de 1989 es una disposición especial que gobierna a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones

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".

² "ARTÍCULO 10. Modifícase el inciso 1o del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará así: ... La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización..."

³ "Art 1o. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, el cual se entenderá incluido a continuación del actual inciso primero, así: ...La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional"

Sociales del Magisterio y que hace parte del ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo que es legítimo que se realicen descuentos sobre las mesadas adicionales a dicho grupo de pensionados.

Ahora, si bien las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989, especial y posterior sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°, por lo que las previsiones de la Ley 812 de 2003, que extendieron el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente⁴ el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general y obedece a la libre configuración legislativa.

En el *sub lite*, la normatividad que regula el régimen excepcional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio deben ser las aplicadas por encontrarse vigentes y ser las especiales al caso, más allá de las interpretaciones realizadas por el actor, toda vez que de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus decisiones “sólo están sometidos al imperio de la ley”.

2.4. Del principio de solidaridad que rige el sistema de seguridad social

El principio de solidaridad, pilar básico del Estado Social de Derecho, en virtud del cual, quienes obtienen mayores ingresos deben subsidiar a los que perciben menos para garantizar la cobertura total de los ciudadanos al sistema de seguridad social, fue reconocido por la Constitución de 1991, en los siguientes términos:

Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

(...)

Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción

⁴ ARTICULO 71. C.C. “La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

ARTICULO 72. “La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.”

a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley (...)

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la **prestación de servicios de salud** a los habitantes y de saneamiento ambiental **conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad...**

(...)

Artículo 95. (...) Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. **Obrar conforme al principio de solidaridad social**, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. (Negrita fuera del texto).

La Ley 100 de 1993, incluye dentro de los principios que rigen el Sistema en Seguridad Social, el de solidaridad, así:

“Artículo 2º PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

(...).

c. SOLIDARIDAD: Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicaran siempre a los grupos de población más vulnerables.

(...)”

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha reflejado en su jurisprudencia el papel preponderante del principio de solidaridad que en el sistema actual adquiere mayor relevancia, en los siguientes términos:

“La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad. La solidaridad no se encuentra sólo en cabeza del Estado sino que también los particulares tienen una carga al respecto. Además, según la filosofía del sistema, los aportes no tienen que verse necesariamente reflejados en las prestaciones, pues estos aportes tienen finalidades que sobrepasan el interés individual del afiliado y apuntan a la protección del sistema considerado como un conjunto dirigido a proteger a toda la población.⁵

Por tanto, el principio Constitucional de solidaridad impone la obligatoriedad de ayuda entre congéneres y supone la colaboración de la sociedad con aquellas personas que se encuentran en desventaja.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

Es indiscutible que algunas personas tienen más posibilidades económicas que otras, además, cabe manifestar que con el descuento reclamado, el actor está contribuyendo a la sostenibilidad, equidad y eficiencia del Sistema, lo que implica que las personas menos favorecidas también puedan recibir un servicio de salud adecuado.

Aunado a lo anterior, es importante aclarar que el régimen pensional, cualquiera que éste sea, se rige por el principio de solidaridad, por ello, no puede colegirse que el otorgamiento de la pensión de jubilación esté exenta de los respectivos aportes al sistema, y por lo tanto, obliga a que los acreedores de esa pensión con un aporte mensual, contribuyan al mantenimiento de un capital base que permita al Estado atender el conjunto de obligaciones que genera el sistema.

Vistas así las cosas, no podría considerarse válidamente que el Decreto Reglamentario 1703 de 2002, excluyó a los beneficiarios de la pensión de jubilación del principio de solidaridad y los eximió de la contribución en salud; ello carecería de toda razón en la lógica del funcionamiento del Estado Social de Derecho. El artículo 14 de esa norma previó:

*“Artículo 14. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. Para efectos 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). (...).”*

2.5. De la 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 proceso⁶ 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 del expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, la noción de costas incluye las agencias en derecho, que

⁶ Artículo 171 Num. 4 en conc. Art. 178 ib.

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, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁷ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos, conforme a los criterios previstos en el numeral 8° del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007⁸.

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 del CPACA, 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, se 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 A 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, C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Rad. Interna No: 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:

⁷ Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

⁸ 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"

"(...) 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 público⁹.

Así mismo, 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. [...]' (Negrita 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**¹⁰, 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 en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

(...)

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

⁹ 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 [...]"

¹⁰ 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"

- 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 CGP¹¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

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.

2.5.1. Del derecho al acceso a la administración de justicia¹²

Los artículos 228 y 229 de la Constitución Política establecen:

"Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Artículo 229. **Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.** La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado."

Este derecho se erige en el ordenamiento superior como una garantía y derecho fundamental de todas las personas, que se ve materializado en la protección especial por parte del Estado, no obstante, éste no se realiza únicamente con la posibilidad de presentar solicitudes o de plantear

¹¹ "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 obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"

¹² Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3. Sentencia de 27 de abril de 2017. Rad. No. 2015-00197-01. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

pretensiones ante las autoridades judiciales, al contrario, éste se logra "...cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y realización de los derechos amenazados o vulnerados. Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho al que hace alusión la norma que se revisa -que está contenida en los artículos 29 y 229 de la Carta Política- como uno de los derechos fundamentales, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela prevista en el artículo 86 superior."¹³

La Corte Constitucional, ha entendido este derecho como la posibilidad reconocida a todas las personas para acudir, **en condiciones de igualdad**, ante las instancias que ejerzan funciones jurisdiccionales, en aras de garantizar sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción de las garantías y procedimientos previstos en la Constitución y la ley¹⁴.

La misma Corporación, mediante la sentencia C-279 de 2013, estableció los elementos y efectos de este derecho en los procesos como se observa a continuación:

"Por lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha venido reconociendo que el derecho a la administración de justicia no es una garantía abstracta, sino que tiene efectos y condiciones concretas en los procesos:

(i) **El derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares.**

(ii) El derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos".

(iii) Contar con la posibilidad de obtener la prueba necesaria a la fundamentación de las peticiones que se eleven ante el juez"

(iv) El derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas

(v) **El derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas.**

(vi) **El derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso.**

3.4.3. Configuración legal y límites del acceso a la administración de justicia

3.4.3.1. El acceso a la administración de justicia es un derecho de configuración legal, sometido a las consideraciones del legislador en torno a su regulación y

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-006 de 1992.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-799 de 2011.

ejecución material. Si bien la tutela judicial efectiva se define como un derecho fundamental de aplicación inmediata, esta última característica es predicable básicamente de su contenido o núcleo esencial, ya que el diseño de las condiciones de acceso y la fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde establecerlos al legislador.

3.4.3.2. En este sentido, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 2° del artículo 150 Superior, la regulación de los procedimientos judiciales, su acceso, etapas, características, formas, plazos y términos es atribución exclusiva del legislador, el cual, atendiendo a las circunstancias socio-políticas del país y a los requerimientos de justicia, goza para tales efectos de un amplio margen de configuración tan sólo limitado "por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, en cuanto éstas se encuentren acordes con las garantías constitucionales de forma que permitan la realización material de los derechos sustanciales".

3.4.3.3. En virtud de la potestad de configuración con la que cuenta el legislador, este puede regular y definir entre los múltiples aspectos de su resorte legislativo, algunos de los siguientes elementos procesales:

(i) **El establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades, esto es, los recursos de reposición, apelación, u otros, así como los requisitos y las condiciones de procedencia de los mismos.**

(ii) Las etapas procesales y los términos y formalidades que se deben cumplir en cada uno de los procesos.

(iii) La radicación de competencias en una determinada autoridad judicial, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita en la Carta.

(iv) Los medios de prueba.

(v) **Los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, del juez y aún de los terceros intervinientes, sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos.** (Negrita fuera de texto, subrayas del original).

En esas condiciones, colige la Sala que el sustrato del derecho de acceso a la administración de justicia, atina a que las autoridades profieran decisiones de fondo de acuerdo al asunto presentado, no obstante, se vulnera cuando se pretermite el análisis congruente de las pretensiones o se dificulta o imposibilita tal acceso.

No obstante, esa garantía de acceder a la administración de justicia, está regulada por el legislador de manera detallada; en efecto, de conformidad con el numeral 2° del artículo 150 Superior, en el Congreso radica la competencia de la regulación de los procedimientos judiciales, su acceso, etapas, formas, plazos y términos, el cual, tiene un amplio margen que se encuentra limitado tan solo por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas. En esas condiciones, el legislador tiene la potestad para definir, entre otras, los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes y del juez "sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger

a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos"¹⁵

La Corte Constitucional, en la sentencia C-372 de 2011, señaló:

"(...) (E)l derecho de acceso a la administración de justicia resultaría **seriamente afectado en su núcleo esencial si**, como lo anotó la Corte, **"este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie"**. Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia.

(...) (E)n virtud de la cláusula general de competencia (Art. 150-2), el legislador está ampliamente facultado para fijar los procedimientos judiciales y, en particular, los términos que conducen a su realización, siempre y cuando los mismos sean razonables y estén dirigidos a garantizar el derecho sustancial".

Adicionalmente, en la sentencia C-279 de 2013 antes citada, esa Corporación se refirió a la libertad del legislador para establecer los lineamientos que rigen los procesos judiciales:

"(...) 3.6. EL ESTABLECIMIENTO DE CARGAS PROCESALES POR EL LEGISLADOR

(...) 3.6.1.2. En virtud de estas facultades de configuración **el legislador tiene competencia para establecer dentro de los distintos trámites judiciales imperativos jurídicos de conducta consistentes en deberes, obligaciones y cargas procesales a las partes, al juez y a terceros intervinientes, para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o a algunos de ellos.**

3.6.1.3. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la norma superior como puede ser el caso del debido proceso y del acceso a la administración justicia, **implica así mismo el ejercicio de responsabilidades que se pueden consolidar en el ámbito procesal y sustancial. Es válido entonces que en los diversos trámites judiciales, la ley asigne a las partes, a terceros e incluso al juez, obligaciones jurídicas, deberes de conducta o cargas para el ejercicio de los derechos y del acceso a la administración de justicia, que si están sometidas a los límites constitucionales previamente enunciados, resultan plenamente legítimas.**

3.6.1.4. En ese orden de ideas observa la Corte que el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia debe acompañarse con deberes obligaciones y cargas procesales que el legislador en desarrollo de mandatos como los contenidos en el artículo 95-7 constitucional **puede imponer a quienes acuden a la organización judicial del Estado; deberes, obligaciones y cargas que se orientan a garantizar los principios propios de la administración de justicia** (art. 228 C.P.)[64].

3.6.1.5. La jurisprudencia de esta Corporación ha distinguido en este sentido de manera clara los deberes, las obligaciones y las cargas procesales:

(...)
Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de

¹⁵ Corte Constitucional, C-652 de 1997.

la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. "El daño que se cause con ese abuso, dice, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condena en costas". ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil", número 130).

(...)

En ese orden de ideas observa la Corte que **el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia debe acompañarse con deberes, obligaciones y cargas procesales que el legislador en desarrollo de mandatos como los contenidos en el artículo 95-7 constitucional puede imponer a quienes acuden a la organización judicial del Estado; deberes, obligaciones y cargas que se orientan a garantizar los principios propios de la administración de justicia (art. 228 C.P.)**". (Negrilla y subrayas fuera de texto)

En plena observancia de lo transcrito, el derecho de acceso a la administración de justicia no es ilimitado ni depende del libre albedrío de los usuarios, conlleva cargas y obligaciones y su inobservancia acarrea consecuencias negativas tales como la preclusión de una oportunidad o la pérdida de un derecho material *"teniendo en cuenta que el sometimiento a normas adjetivas que son parte de un procedimiento jurídico en particular, no es optativo"*¹⁶

3. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, el señor EDUARDO VARGAS REYES pretende que se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo que se configuró al no haber obtenido respuesta a su petición formulada ante la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negando así el reintegro y la suspensión de los descuentos del 12% realizados a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de su pensión de jubilación.

Al respecto, de la documentación aportada al plenario, se observa que el demandante se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, entidad que a través de la Secretaría de Educación de Boyacá, le reconoció una pensión por invalidez mediante Resolución No. 0117 de 5 de abril de 2005 (fls. 15-16) por lo que era viable que se practicara el descuento por concepto de salud sobre las mesadas adicionales que devenga, tal como se dijo en precedencia.

Así, en concordancia con lo expuesto en el acápite de marco normativo y jurisprudencial, se evidencia que al ser el actor pensionado afiliado al FOMAG, los descuentos por concepto de salud sobre sus mesadas adicionales son legales, pues se encuentran autorizados por el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, que expresamente lo dispuso.

Se reitera que la extensión efectuada por la Ley 812 de 2003, y el párrafo transitorio No. 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, solo avanzó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, más no derogó lo

¹⁶ Corte Constitucional, C-1512 de 2000

establecido en la Ley 91 de 1989 -norma especial-, que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los docentes, por cuanto ésta se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general y obedece a la libre configuración legislativa.

Adicionalmente, se debe advertir que en aras de dar primacía al bien general sobre el particular, se hacen posibles también los descuentos enjuiciados, pues no se trata simplemente del pago de salud, sino de la contribución solidaria al sostenimiento del sistema, como la misma Constitución Política lo dispone y como lo ha considerado ampliamente la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por consiguiente, acogiendo este criterio, concluye la Sala que no sólo existen reglas de orden legal, sino principios y reglas de orden constitucional que imponen la contribución al sistema de salud por parte de los beneficiarios de la pensión vitalicia de jubilación, como se ha dejado expuesto, por lo que en efecto y como lo consideró la *a quo*, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar lo que conlleva a que se confirme la sentencia apelada.

Finalmente, y en relación a la **condena en costas en primera instancia** impuesta al accionante, es claro que las costas se sujetan a un régimen objetivo, tal como se ha explicado con amplitud sin desconocer 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 188 del CPACA, refiere lo siguiente:

– *"Artículo 188.- Condena en costas. 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."*

Por su parte, 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.

(...)

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." (Resalta la Sala).

De lo anterior, se concluye que lo estipulado en el artículo 188 del CPACA, que señala que "la sentencia dispondrá sobre la condena en costas", no debe ser de manera literal, ya que dicha labor debe hacerse de manera armónica junto con las disposiciones pertinente del CGP, tal y como lo previó el legislador, lo cual permite concluir que **el juez está facultado para condenar o no en costas a la parte vencida, siempre y cuando las mismas estén acreditadas en el proceso**¹⁷.

Así las cosas, en el asunto de la referencia la Sala encuentra que la condena en costas impuesta en primera instancia, vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia del accionante, pues la a quo únicamente refirió que dicha condena procedía conforme a lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA, 365 y 366-4 del CGP, sin que advirtiera que las mismas se encontraban causadas y debidamente acreditadas en el expediente.

Por las anteriores razones, se revocará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, relacionado con la condena en costas y agencias en derecho.

• **CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

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"¹⁸ porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 CGP.

Frente a las agencias en derecho en la segunda instancia, se advierte que en el trámite aquí surtido no se generaron, atendiendo que la parte demandada no presentó escrito de alegatos de conclusión.

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

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia de 1º de diciembre de 2017, Rad. No. 11001-03-15-000-2017-01451-01, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁸ CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial el 6 de septiembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, y en su lugar se dispone:

"SEGUNDO: Sin condena en costas."

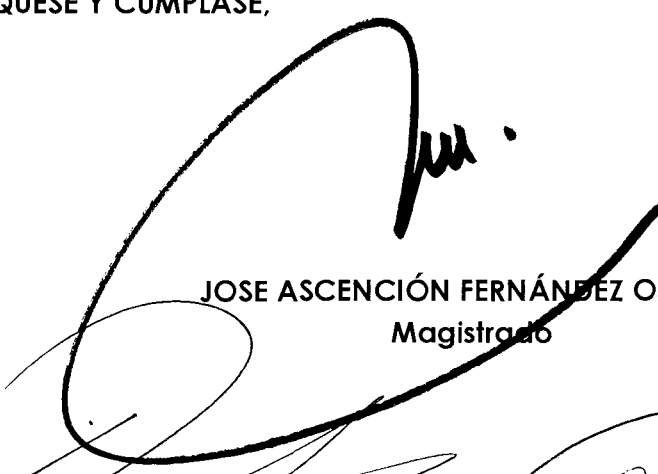
SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

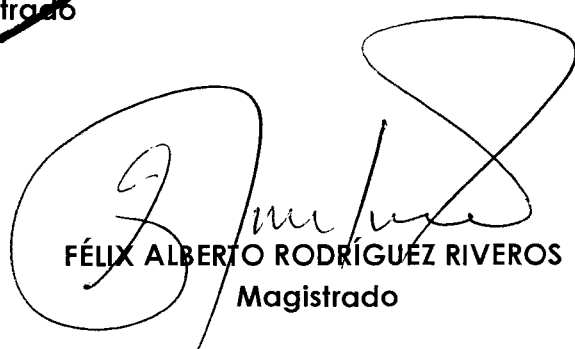
CUARTO: Notificada la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

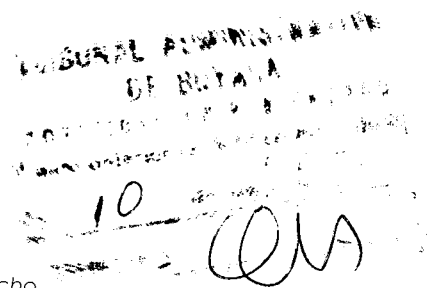

JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 150013333007-2015-00220-01
Demandante: EDUARDO VARGAS REYES
Demandado: NACIÓN – MEN – FOMAG





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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **23** ENE. 2018

DEMANDANTE:	GLORIA ESPERANZA SANABRIA MORENO y JORGE ARMANDO PINZÓN SANABRIA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
REFERENCIA:	150013333012-2015-00092-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Encontrándose el proceso al Despacho para proferir el fallo de segunda instancia, la Sala considera que existe un punto dudoso que requiere ser aclarado, a efectos de adoptar la decisión de mérito.

Al respecto, en el expediente no obra documento alguno del cual pueda establecerse claramente la naturaleza del emolumento *gastos de desplazamiento*, percibido por el señor ARMANDO PINZÓN SUÁREZ (q.e.p.d.), en el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2009 al 31 de enero de 2010, tal como se observa en el certificado de conceptos y valores salariales expedido por la Dirección de Gestión de Talento Humano del Departamento de Boyacá, visto a folios 146 a 147.

Lo anterior, tiene incidencia en el reconocimiento de dicho emolumento como factor salarial a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de sobrevivientes de la cual son beneficiarios los demandantes, en consideración a que el argumento del recurso de apelación por ellos interpuesto contra la sentencia de primera instancia, se encuentra dirigido a la inclusión en la base de liquidación pensional de los "gastos de desplazamiento" en mención, y que no fue reconocido por la juez de instancia.

En este orden de ideas, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 213 del CPACA, para mejor proveer se oficiará a la DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE TALENTO HUMANO DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, para que certifique, con base en la historia laboral del causante ARMANDO PINZÓN SUÁREZ (q.e.p.d.), quien se identificaba con cédula de

ciudadanía No. 19.079.548 de Bogotá, mediante qué norma, decreto, acuerdo y/u ordenanza, le fueron reconocidos los "gastos de desplazamiento", percibidos durante el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2009 a 31 de enero de 2010, aportando para el efecto, copia de la normatividad y/o los actos que así lo hayan reconocido.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

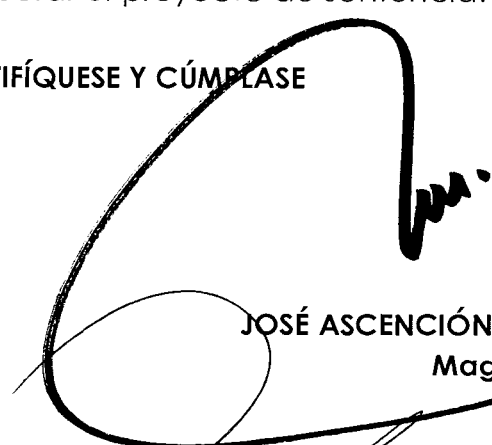
RESUELVE:

PRIMERO: Por Secretaría, **OFICIAR** a la **DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE TALENTO HUMANO DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**, para que dentro del término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, **certifique** con base en la historia laboral del causante, señor **ARMANDO PINZÓN SUÁREZ** (q.e.p.d.), quien se identificaba con cédula de ciudadanía No. 19.079.548 de Bogotá, **mediante qué norma, decreto, acuerdo y/u ordenanza, le fueron reconocidos los "gastos de desplazamiento"**, percibidos durante el periodo comprendido entre el **1º de febrero de 2009 a 31 de enero de 2010, aportando para el efecto copia de la normatividad y/o los actos que así lo hayan reconocido.**

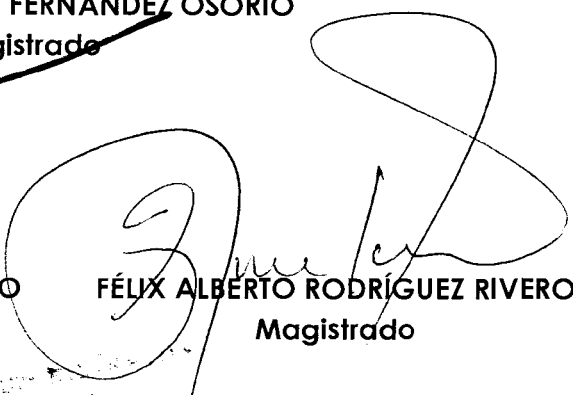
Al oficio respectivo anéxese copia del presente proveído.

SEGUNDO: Recaudada la prueba decretada en el numeral anterior, reingrésese el proceso al Despacho del Magistrado Ponente para elaborar el proyecto de sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 23 ENE. 2018

DEMANDANTE:	CERVELEON ALFONSO LÓPEZ
DEMANDADO:	LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
REFERENCIA:	150013333014-2014-00160-01
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 partes (fls. 321-338), contra la sentencia de primera instancia proferida el 06 de mayo de 2016, por el Juzgado Catorce 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

El señor CERVELEON ALFONSO LÓPEZ, a través de apoderado judicial, instauró medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el objeto de que se hagan las siguientes:

1.1.1. Declaraciones y condenas (fl. 4)

Que se declare la nulidad de la **Resolución No 003665 del 11 de junio de 2014**, expedida por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO EN BOYACÁ, mediante la cual se negó la reliquidación y/o revisión de la pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado, a favor del demandante.

Que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que **i)** se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a cancelar las diferencias dejadas de reconocer desde el 15 de abril de 2004

hasta cuando pague la totalidad, conforme al I.P.C. ii) se condene al cumplimiento del fallo, de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.1.2. Fundamentos Fácticos (fls. 4-5)

El apoderado del demandante, indicó que el señor CERVELEON ALFONSO LÓPEZ cumplió su status jurídico de pensionado el día 14 de abril de 2004, razón por la cual desde el 15 de abril de 2004 viene percibiendo su pensión de jubilación; cuya liquidación no incluyó los factores salariales de prima de navidad y prima de vacaciones.

Adujo que en el año anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado, esto es desde el 15 de abril de 2003 hasta el 14 de abril de 2004, el actor devengó los factores salariales correspondientes a asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de clima del 30%, sobresueldo dirección núcleo 35%, prima de servicios del 20%, prima de vacaciones y prima de navidad.

Señaló que el 23 de marzo de 2012 el actor solicitó ante LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ, la reliquidación de su prestación social, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado, petición que fue resuelta de manera negativa, mediante la Resolución No 003665 del 11 de junio de 2014.

1.1.3. Normas Violadas y concepto de violación (fls. 5-12)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Artículos 2, 6,13, 25 y 53 de la Carta Política.

Legales: Ley 57 de 1887, ley 4 de 1966, leyes 33 y 62 de 1985, ley 1437 de 2011 y decreto ley 1045 de 1978.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 193-197)

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 el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, toda vez que en razón a que el demandante se vinculó como docente el día 2 de agosto de 1991, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el régimen que le es aplicable es el consagrado en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, pues es la normativa que rige 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 pensión que en derecho corresponde al accionante debe ser calculada teniendo en cuenta el 75% de los distintos factores salariales consagrados en la Ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicio, razón por la cual no es posible realizar la liquidación de la prestación sobre todos factores referenciados por el demandante, pues los mismos no fueron consagrados en la normativa señalada.

Así las cosas, adujo que solamente podía liquidar la pensión sobre los factores salariales que en su momento sirvieron de base para calcular los aportes, siempre que aquellos se encontraran señalados taxativamente en la Ley 62 de 1985, de conformidad con el Decreto 3752 de 2003, el cual señala que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la normativa en comento, cuyo pago se encuentre en cabeza del Fondo de Prestaciones, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

En consecuencia, señaló que al accionante no le asistía el derecho reclamado, por cuanto las Leyes 33 y 62 de 1985 son claras al establecer los factores a incluir en la liquidación de la pensión de jubilación.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó Genérica y Prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el 06 de mayo de 2016, resolvió (fls. 311-318):

“PRIMERO. DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN
propuesta por la entidad demandada.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No 003665 del 11 de junio de 2014, por medio de la cual se resuelve una solicitud de revisión de pensión, expedida por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, lo anterior de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, RELIQUIDAR Y PAGAR al señor, **CERVELEON ALFONSO LÓPEZ** identificado con la cédula de ciudadanía 19.145.149 de Bogotá, el valor de la pensión, en el 75% de lo devengado en el último año antes de adquirir el status de pensionado, comprendido entre el **13 de abril de 2003 al 14 de abril**

de 2004, incluyendo además en la base de liquidación, **la prima de vacaciones, prima de navidad, vigencia prima de vacaciones, y vigencia prima de navidad** (según certificado de devengados aportado a fls. 28-31), efectiva a partir del **1 de octubre de 2010**, de acuerdo con los parámetros expuestos en la parte motiva de esta providencia, con los reajustes anuales de ley.

CUARTO. CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a pagar a favor del demandante señor **CERVELEON ALFONSO LÓPEZ**, las diferencias causadas **por la reliquidación** de las mesadas pensionales, a partir del **1 de octubre de 2010**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO. Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, atendiendo para ello los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia y aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Así mismo, devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO. Sobre los factores incluidos descontará los aportes de ley si éstos no se hubieren realizado, la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** al momento de realizar tales descuentos atenderá las directrices trazadas en la sentencia en especial la proferida por el Consejo de Estado de fecha 9 de abril de 2014, expuesta en la parte considerativa de esta providencia.

SÉPTIMO. Sin condena en costas

(...)"

Para adoptar tal determinación, el Juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, concluyendo que en vista de que la situación jurídica del accionante se encuentra cobijada por el Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la normatividad aplicable a la prestación económica a que es acreedor, la constituyen las Leyes 33 y 62 de 1985, razón por la cual deben ser incluidos en la base de liquidación de la prestación, todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial.

Precisó que para efectos de la reliquidación de la pensión de jubilación, se deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del status, esto es, entre el 13 de abril de 2003 al 14 de abril de 2004, pero con efectividad a partir del 01 de octubre de 2010, esto es con la inclusión de la prima de vacaciones, prima de navidad, vigencia prima de vacaciones y vigencia prima de navidad.

Respecto a los descuentos por aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordenan, señaló el a quo que aun cuando no desconoce el precedente acogido por esta Corporación, en el sentido de que el objetivo primordial es la protección del erario público y los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social, limitando dichos descuentos por aportes de los factores que se incluyan durante los últimos cinco años, sí se aparta de tal criterio y se acoge al señalamiento del Consejo de Estado, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia proferida el 9 de abril de 2014, pues a criterio del fallador inicial, los parámetros señalados buscan garantizar la sostenibilidad del sistema, con el fin de que las entidades administradoras de los fondos de pensiones cuenten con los recursos para efectuar los pagos, en consecuencia, la entidad, al momento de realizar los descuentos por concepto de aportes pensionales no efectuados, atenderá las directrices precisamente garantizando la sostenibilidad financiera del Sistema de Pensiones tal como lo establece el artículo 48 C.P., consideró igualmente que el pensionado no puede pretender beneficiarse de la inclusión de unos factores salariales respecto de los cuales no realizó aporte alguno, sin contraprestación para el sistema, en tal virtud ordenó que la entidad demandada que al momento de realizar los descuentos por concepto de aportes pensionales no efectuados sin limitación temporal alguna.

Finalmente, advirtió que en el sub lite no hay lugar a la prescripción de mesadas pensionales causadas con posterioridad al 01 de octubre de 2010, fecha desde la cual se dispuso la reliquidación pensional.

1.3. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

1.3.1. Parte demandante (fls. 321-325)

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionante, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente:

Indicó que al ser las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social una obligación de carácter parafiscal, de conformidad con los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la acción tendiente a efectuar su exigibilidad prescribe en el término de 5 años, tal como lo consagra el artículo 817 del Estatuto Tributario Nacional.

En consecuencia, resulta erróneo ordenar el descuento de los aportes por Seguridad Social sobre el retroactivo por toda la vida laboral del actor, por

cuanto se desconocerían principios y normas de rango constitucional, preceptos legales y pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Boyacá, en tanto se estaría ordenando el cobro de una obligación prescrita. Así las cosas, los descuentos por aportes a salud y pensión, deben efectuarse únicamente por los últimos 5 años laborados por el actor.

Conforme a lo expuesto, pidió que se revoque el numeral sexto de la decisión del Juez de primera instancia, y en su lugar se ordene realizar los descuentos sobre el retroactivo durante los últimos 5 años laborados, esto es, del 13 de abril de 1999 al 14 de abril de 2014, por prescripción extintiva de las obligaciones.

1.3.2. Parte demandada – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (fls. 326-332)

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada, apeló la sentencia, bajo los siguientes argumentos:

Indicó la falta de legitimidad por pasiva, por cuanto la Nación, Ministerio de Educación Nacional, no expidió los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales, toda vez que los mismos fueron expedidos por la Secretaría de Educación, en virtud de las facultades conferidas por mandato de la ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

Así las cosas, señaló que al ser el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio una cuenta especial de la nación, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos se encuentran destinados al pago de las prestaciones que los entes territoriales reconozcan al personal docente a través de las Secretarías de Educación, y cuya realización del pago se encuentre en cabeza de la fiduciaria La Previsora S.A., no puede imputarse a la Nación-Ministerio de Educación, responsabilidad relacionada con el reconocimiento y pago de la prestación en comento.

De igual manera, precisó que tanto la Ley 962 de 2005 como el Decreto 2831 de 2005, suprimieron las actividades ejercidas por los representantes de los ministros de educación ante las entidades territoriales, por lo cual en la actualidad, el Ministerio de Educación Nacional no tiene la competencia de reconocimiento y pago de prestaciones sociales, ni la administración de los recursos destinados para ello.

Finalmente, precisó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio funciona por medio del Consejo Directivo, razón por la cual éste en su momento fue autorizado por el gobierno nacional para suscribir el contrato de fiducia para la administración de los recursos destinados al pago de las prestaciones, circunstancia que de ninguna manera puede significar que el ministerio tome decisiones propias, pues éstas deben ser tomadas por el consejo directivo en pleno.

1.3.3. Parte demandada – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (fls. 333-338)

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente:

Señaló que no le asiste el derecho al demandante conforme a la normativa invocada, puesto que la Ley 33 de 1985 establece que solo podrán ser tenidos en cuenta los factores salariales que hayan servido de base para liquidación de aportes durante el último año de prestación de servicios.

Precisó que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el régimen aplicable anterior a la mencionada normativa incluye las modificaciones de la Ley 33 de 1985, por lo tanto, los factores salariales a tener en cuenta, para la liquidación de la pensión son aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes a la seguridad social.

Adujo que el acto legislativo 01 de 2005, dispuso que para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones, razón por la cual la accionada solo toma como factor salarial para la liquidación de las pensiones la asignación básica, el sueldo y sobresueldo en caso de devengarlos, en tal sentido su actuar se encuentra bajos los parámetros de la legalidad.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El anterior recurso fue concedido en Audiencia de Conciliación Posterior al Fallo, llevada a cabo el 12 de agosto de 2016, por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fls. 385-386 y CD fl. 387), y admitido por esta Corporación mediante proveído de 01 de diciembre de 2016 (fl. 320). A través de auto de 19 de enero de 2017, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 324).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandante (fl. 326-327)

El apoderado del accionante reiteró los argumentos del recurso de apelación.

3. MINISTERIO PÚBLICO (fls. 328-331)

El Procurador 45 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja, emitió concepto No 024 de 15 de febrero de 2017, en el cual indicó que de conformidad con las pruebas allegadas al expediente, el actor se vinculó al servicio docente el 07 de julio de 1970 y adquirió el status de pensionado el 14 de abril de 2004, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley

812 de 2003, razón por la cual el régimen aplicable en materia pensional es el preceptuado en la las Leyes 33 y 62 de 1985.

De conformidad con lo anterior, precisó que de acuerdo con la tesis sostenida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, los factores enunciados en el artículo primero de la Ley 62 de 1985 no son los únicos a tener en cuenta al momento de la liquidación de la pensión de jubilación, en tanto existen otros emolumentos que remuneran el servicio, que son pagados de manera periódica. Así las cosas, resulta pertinente aplicar la tesis en mención, por cuanto la misma se encontraba vigente para la época de expedición de la resolución que negó la reliquidación de la pensión reconocida al actor.

Respecto a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, precisó que dicho precedente no es aplicable al sub lite, toda vez que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 no es aplicable a los docentes oficiales que se vincularon con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

En lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, señaló que le asiste razón al demandante, por cuanto lo decidido en la primera instancia resulta contrario a la tesis adoptada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el año 2016.

Por lo anterior, solicitó modificar el numeral sexto del resuelve de la providencia, para ordenar que los descuentos que deben hacerse al demandante por los aportes no efectuados, solo comprendan los últimos 5 años de su vida laboral y confirmarlo en los demás.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

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 y la demandada contra la sentencia del 6 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

1. 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.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos de los recursos de apelación interpuestos tanto por la entidad demandada como por la parte actora, corresponde a la Sala establecer si es

¹ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Cerveleón Alfonso López, con inclusión de la totalidad de los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio.

Asimismo deberá establecerse si la condena y sobre los factores salarial que se orden incluir en el IBL de la pensión reconocida a Cerveleón Alfonso López, se efectúen los descuentos de los aportes al Sistema General de Pensiones durante toda su vida laboral o si por el contrario deberá realizarse durante los últimos cinco (5) años por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

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 el actor se vinculó como Docente al servicio público de la educación con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y por ello le son aplicables a efectos del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación las previsiones de las **leyes 33 y 62 de 1985**.*

En consecuencia, en cuanto a factores, es dable acudir a la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010, por el Honorable Consejo de Estado, porque en ella se realizó en una interpretación en virtud del principio de favorabilidad de la Ley 33 de 1985, concluyendo que debe tenerse en cuenta en la liquidación del trabajador todo lo que de manera habitual y periódica perciba como retribución directa de sus servicios, que para el caso sub examine, se trata de los factores de asignación básica, prima de alimentación y prima de navidad, sin incluir la prima de vacaciones solicitada por el demandante, en razón a que la misma no fue devengada en el año de retiro.

Ahora bien, se modificará el artículo sexto de la sentencia apelada, por cuanto le asiste razón al demandante en cuanto a que el criterio trazado por este Tribunal en torno a este asunto, los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, deberán realizarse durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

2.1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

a. 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 las 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. Así lo señaló la sentencia citada:

"Se observa, según lo expuesto, que no concurre una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado, comprobándose con ello la tercera condición de las omisiones legislativas relativas. Por lo tanto, se está ante una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta Política. En consecuencia, acreditados los presupuestos antes explicados, corresponde a la Corte adoptar una sentencia aditiva que integre al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso. Así, la Sala declarará la exequibilidad de la disposición demandada por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia".

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.

b. 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 3º, 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 el asunto 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 (...).”* (Negritas 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 3º 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 consecuencia, el régimen pensional de los docentes **vinculados** con anterioridad a las mencionadas disposiciones y cuando comenzó a regir la Ley 91 de 1989², la normatividad aplicable para la pensión de jubilación y su liquidación en el sector educativo era la Ley 33 de 1985, la cual se aplicaba a todos los servidores públicos de todos los niveles que no se encontraran exceptuados de ella. En consecuencia, la consolidación del derecho de pensión de jubilación ordinaria surge cuando se cumple con los 20 años de servicio y los 55 años de edad.

En cuanto a la base de liquidación, la precitada Ley 33 de 1985, dispuso que las pensiones de los empleados oficiales, serían liquidadas con el 75% del salario

² "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

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 aportes, disposición que fue modificada por el artículo 1° inciso 2° de la Ley 62 de 1985, adicionándole como factores de liquidación las *Primas de Antigüedad, Ascensional y de Capacitación*.

c. Del Régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985.

No obstante la enumeración taxativa por parte de la Ley, es importante señalar 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. 250002325000200607509 01 (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 transporte 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 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 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).

Del anterior aparte transcrito se infiere claramente que la Sección Segunda del Consejo de Estado, 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, 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, o de adquisición del status pensional, de suerte entonces, que no obstante ser aplicable 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 mérito en el que se consideró que la pensión debe liquidarse con base en todos los factores salariales devengados en el último año. Así, 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.

Atendiendo tal postura jurisprudencial, que fue punto de adhesión de la sentencia proferida por la instancia anterior y que por las mismas razones comparte íntegramente esta Corporación, 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.

d. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub-examine*, se advierte que el accionante pretende la nulidad de la Resolución No. 003665 del 11 de junio de 2014, mediante la cual se negó la solicitud de revisión del quantum pensional y la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado, a favor del demandante.

Del material probatorio allegado al expediente se pudo establecer:

- El señor CERVELEÓN ALFONSO LÓPEZ, laboró como Directivo docente de forma continua e ininterrumpida desde el 07 de julio de 1970 al 14 de abril de 2004 (fl. 25 y ss).
- Nació el 14 de abril de 1949, tal como se prueba de la cedula de ciudadanía del actor (fl. 15).
- Mediante Resolución No. 882 del 17 de agosto de 2004, le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación teniendo como base de liquidación la asignación básica y la dirección de núcleo (fls. 238-239).
- El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, procedió a declarar la nulidad de la Resolución No. 882 de 2004 mediante la cual se reconoció pensión de jubilación y ordenó la reliquidación del quantum con la inclusión de la asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de clima del 30%, sobresueldo del 20%, sobresueldo por Dirección de Núcleo, por lo que la entidad profiere la Resolución No. 1284 del 22 de septiembre de 2010, la entidad pensional da cumplimiento al fallo judicial pero desconoce la prima de vacaciones y prima de navidad vigencia prima de vacaciones y vigencia prima de navidad (fl. 225-230).

En el año anterior a la adquisición al retiro definitivo del servicio, esto es entre 14 de abril de 2003 al 14 de abril de 2004, devengó asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de clima del 30%, sobresueldo del 20%, sobresueldo por dirección de núcleo, prima de vacaciones, prima de navidad, vigencia prima de vacaciones y vigencia prima de navidad.

Así las cosas, es evidente que en razón a que el señor Cerveleón Alfonso López **se vinculó el 07 de julio de 1970** como docente, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, le son aplicables a efectos del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación las previsiones de la **Ley 33 de 1985**.

Establecido lo anterior, resulta procedente entonces, indicar que atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado,

en sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, **ratificada recientemente por la Sala Plena de la misma Corporación mediante sentencia de 25 de febrero de 2016 dentro del proceso No. 25000234200020130154101 (46832013)**, Consejero Ponente, Gerardo Arenas Monsalve ya expuesta en precedencia, en la que reiteró que su posición unánime que el monto de las pensiones del régimen de transición 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%), a excepción de las pensiones de congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4ª de 1992, enfatizando en que no resulta acorde con los principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que pretende introducir la Corte Constitucional.

- DE LOS FACTORES SALARIALES Y LA MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA

El petente solicita la reliquidación del quantum pensional con lo devengado en el último año de servicio anterior al retiro definitivo, conforme al petitum el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja, accedió a las pretensiones y luego de declarar la nulidad del acto objeto de enjuiciamiento ordenó a la entidad demandada a reliquidar la pensión con el 75% del promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo, esto es del 13 de abril de 2003 al 14 de abril de 2004 y con efectos fiscales a partir del 1º de octubre de 2010 por haber operado el fenómeno prescriptivo.

Advierte la Sala que de conformidad con el Certificado de salarios y devengados expedido por Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (fl. 28-31), durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio, el demandante devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de clima del 30%, sobresueldo del 20%, sobresueldo por dirección de núcleo, los mismos que fueron ordenados incluir en el fallo proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja en sentencia proferida el 15 de abril de 2010, por lo que la entidad, en cumplimiento de la orden judicial profirió la Resolución No. 1284 del 22 de septiembre de 2010, incluyendo allí los factores antes señalados.

Revisado el Certificado de salarios y devengados expedido por Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (fl. 28-31), además de los factores salariales antes enlistados y en efecto reconocidos por la entidad demandada, se observa que el actor devengó la **prima de vacaciones, prima de navidad, vigencia prima de vacaciones y vigencia prima de navidad**, siendo entonces estos emolumentos los que son objeto de debate en este escenario.

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 **prima de vacaciones, prima de navidad, vigencia prima de vacaciones y vigencia prima de navidad**, tal como se probó a lo largo del proceso, razón por la que se

superior las razones de hecho (apreciación errónea de pruebas o falta de apreciación de las mismas entre otras) o de derecho (indebida aplicación o interpretación del ordenamiento) para que sean examinadas en nuevo debate, que esta vez, tiene por extremos a la sentencia del Juez y a los argumentos del impugnante, evidentemente referidos a la decisión que debió adoptarse en la providencia judicial como solución del caso controvertido.⁷

En el mismo sentido, debe tenerse claro que, al formar parte de un mismo proceso los argumentos de la demanda y el recurso de alzada, tienen que guardar la debida coherencia y relación, ya que, de lo contrario, lo que constituye una unidad indivisible perdería su esencia y daría lugar a pronunciamientos desmembrados que pondrían en riesgo los derechos fundamentales.

Al respecto, vale la pena referir el pronunciamiento contenido en la sentencia de 30 de abril de 2009, proferida por el Consejo de Estado, dentro del proceso radicado bajo el No. 16225, en donde se recordó que **el marco de decisión del juez de segunda instancia, está constituido por la sentencia y los motivos de inconformidad del recurrente con aquella**. Se dijo al respecto:⁸

*“...En efecto, el marco de la decisión judicial en la segunda instancia lo constituyen la sentencia y el recurso de apelación. **En el recurso de apelación la parte debe manifestar los motivos de inconformidad con la sentencia, de manera que el ad quem debe limitar su examen a esos aspectos, sin que tenga la libertad de suponer otros motivos que a su juicio debían ser invocados en contra de la decisión.** Por ello el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil determina que la finalidad del recurso de apelación **es que la providencia de primer grado sea revisada por el superior jerárquico del funcionario judicial***

modificada en la reforma introducida a dicho artículo por el 51 del decreto ley 2304 de 1989 y que hoy está vigente. (...) La exigibilidad de la sustentación del recurso de apelación no desconoce el derecho al debido proceso. Corresponde al legislador, dentro del ámbito de su competencia, decidir si considera que dicha exigencia es o no conveniente. **En síntesis, las razones aducidas por el recurrente en la sustentación de la apelación delimitan la competencia funcional del juez.** Por lo tanto, con la salvedad de los derechos irrenunciables de los trabajadores, en los asuntos en los cuales la ley exige la sustentación del recurso de apelación, la omisión de tal requisito impide al juez pronunciarse sobre aspectos diferentes a los señalados en el recurso...” – negrilla no original-

⁷ **AL RESPECTO VÉASE:** Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A" Consejera Ponente Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, Sentencia de 26 de enero de 2006, Expediente: 17001-23-31-000-2001-00621-01(5054-03), Actor: María Rubiela Bermúdez Granada, Demandado: Departamento de Caldas: "...El recurso de apelación es la forma como se proyecta en la práctica el derecho de impugnación a la decisión judicial que contiene una sentencia. Por ello exige que **el recurrente confronte los argumentos que el juez de instancia consideró para tomar su decisión, con sus propios argumentos y solicite del juez de superior jerarquía funcional, que decida la nueva controversia que plantea en segunda instancia.** En este orden de ideas, el juez de segunda instancia tiene como marco de competencia las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen contra la decisión que se adoptó en primera instancia, y cualquier asunto distinto al planteado por el recurrente se excluye del debate en la instancia superior...". (Resaltado y subraya fuera de texto)

⁸ **SECCIÓN CUARTA.** Consejera Doctora Martha Teresa Briceño de Valencia. Sentencia de 30 de abril de 2009Rad.: 25000-23-24-000-2002-00355-01(16225).

que la profirió, para que en análisis de su legalidad la confirme, revoque o modifique⁹.

El demandante en este proceso ha olvidado que el recurso de apelación no constituye una oportunidad para plantear aspectos que no son propios del debate y que por lo mismo no fueron objeto de estudio en la sentencia recurrida.

Permitir que se proceda mediante el estudio de fondo de un recurso interpuesto en esos términos, constituiría una violación al deber de lealtad entre las partes, un irrespeto al debido proceso y un quebrantamiento al derecho de defensa de la parte contraria¹⁰, quien, en el sub judice ha participado en el proceso con la pretensión de defender la legalidad de la actuación demandada bajo el marco trazado por el demandante..."

De conformidad con lo expuesto, la Sala no puede analizar los argumentos expuestos por el recurrente en el recurso de apelación, habida cuenta que los mismos no comportan inconformidades en contra de la sentencia de primera instancia y no fueron expuestos en el momento procesal oportuno.

Así pues, el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, 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, siendo improcedente discutir nuevos puntos en el recurso de alzada que no fueron oportunamente cuestionados.

Así las cosas, ha de concluirse que carece esta instancia de elementos para examinar el aspecto recurrido de falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que frente a este aspecto se impone confirmar la sentencia.

• **CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sobre las costas en esta instancia, el numeral 1º 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

⁹ Sentencias de 18 de marzo de 2001, Exp. 13683, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio H. y 25 de septiembre de 2006, Exp. 14968, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.

¹⁰ Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Exp. 14403, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio H.

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.

Revisado el sub examine, la Sala se abstendrá de condenar en costas, puesto que tanto demandante como demandada interpusieron recurso de apelación resultando la intervención de las dos partes en el trámite de segunda instancia.

V. 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 SEXTO de la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. El cual quedará así:

QUINTO: De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación la pensión de jubilación reconocida, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General de Salud y Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la actora, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, 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 a la 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.

¹¹ CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, conforme a las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: Sin condena en costas en segunda instancia.

CUARTO: 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

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

RECEIVED ADMINISTRATIVE
OF BUREAU
10
10



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 78 ENE. 2018

ACCIONANTE:	MARÍA BERENICE ÁVILA Y OTROS
ACCIONADO:	HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA Y OTROS
REFERENCIA:	1500133310120051725-01
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
TEMA:	FALLA MEDICA
ASUNTO	PONER EN CONOCIMIENTO

Verificado el expediente, se advierte que mediante auto del 11 de julio de 2017, a través de auto de mejor proveer se solicitó el decreto de algunas pruebas tendientes a esclarecer asuntos oscuros o dudosos, en virtud de lo establecido en el artículo 169 del CCA.

Conforme a lo anterior, la ESE Hospital San Rafael, allegó la documentación solicitada (fl. 685-719), por su parte, la Secretaría de Salud de Boyacá, indicó que no se encontraron las guías de protocolo solicitadas, siendo estos documentos de carácter institucional (fl.220, 222), y la ESE Santiago de Tunja, sostuvo que no se encontró el archivo requerido (fl. 783).

Ahora bien, la ley procesal civil enseña que la parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al que haya sido aportado en audiencia o diligencia (artículo 269 del CGP).

De acuerdo con el precepto anterior, se tendrá como prueba los documentos aportados y se ordenará el respectivo traslado de los mismos a la parte contraria.

En mérito de lo expuesto, se

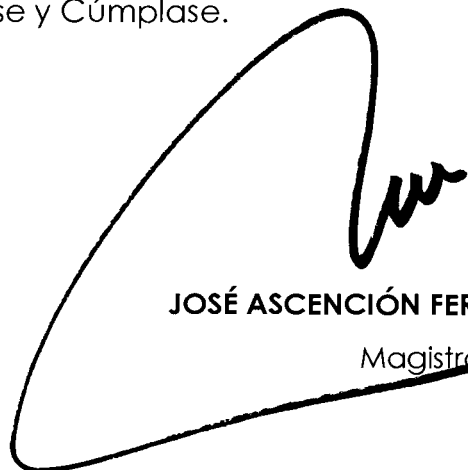
RESUELVE

PRIMERO.- TÉNGANSE como pruebas los documentos aportados por la ESE Hospital San Rafael de Tunja obrantes a folios 694-719.

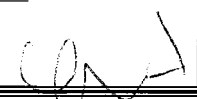
SEGUNDO:- PÓNGASE en conocimiento de las partes, la respuesta emitida por la ESE Santiago de Tunja obrante a folio 783.

TERCERO.- CORRER traslado a las partes de los anteriores documentos, por el término de cinco días siguientes a la notificación de este proveído conforme el artículo **269 del CGP**.

Notifíquese y Cúmplase.


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO	
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO	
N° <u>70</u>	De Hoy <u> </u> A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA	



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONJUECES

Tunja, 24 ENE 2018

Medio de Control : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Harold Mauricio Gutiérrez Romero**
Demandado : **Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**
Expediente : **15001-23-33-000-2015-00861-00**

Conjuez Ponente : **Diego Mauricio Higuera Jiménez**

Ingresa el expediente al despacho, con informe secretarial visible a folio 81, para proveer sobre la admisión de la demanda instaurada en el ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho a través de apoderado judicial por el Dr. Harold Mauricio Gutiérrez Romero en contra de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Tiene por objeto el medio de control interpuesto, la declaratoria de “nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio N° DESTJ15-254 del 10 de febrero de 2015, proferido por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja-Boyacá y el acto ficto que se configuró por el silencio que guardó la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial al no haber resuelto el recurso formulado en la vía gubernativa”

A pesar de haberse inadmitido la demanda (fls 60 y 61) y subsanado en término, advierte la sala la configuración de una causal de rechazo directo de la demanda, conforme pasa a exponerse.

Medio de Control	:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	:	HAROLD MAURICIO GUTIERREZ ROMERO
Demandado	:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Expediente	:	15001-23-33-000-2015-00861-00

Al efectuar el estudio del mentado acto objeto del petitum resulta que el oficio N° DESTJ15-254 del 10 de febrero de 2015 no es un acto enjuiciable, por ser en el mejor de los casos de mero trámite, esto es, materialmente no asume determinación alguna de fondo, o lo que es lo mismo, no se verifica una respuesta efectiva a la petición radicada en fecha 18 de diciembre de 2014.

La Corte Constitucional en el contexto de la sentencia de constitucionalidad C-577 de 2001, reitero la definición de lo que es un acto administrativo de trámite y uno de fondo, cuando sostuvo a tenor literal: *“La doctrina en materia administrativa [11], ha distinguido a los actos administrativos según el contenido de la decisión que en ellos se articula y sus efectos, en actos de trámite o preparatorios y en actos definitivos. Los primeros son los que se encargan de dar impulso a la actuación o disponen organizar los elementos de juicio que se requieren para que la administración pueda adoptar la decisión de fondo sobre el asunto mediante el acto definitivo y, salvo contadas excepciones, no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. Los segundos son, obviamente, los actos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto.*

En este sentido, los actos de trámite son ‘actos instrumentales’, que integran el procedimiento anterior a la decisión que finalmente resuelva el asunto y sus defectos jurídicos podrán cuestionarse cuando se impugne el acto definitivo, el cual podrá ser invalido, v.gr., por haberse adoptado con desconocimiento del procedimiento previo que constituye requisito formal del mismo acto. Por lo tanto, es necesario esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para poder plantear la invalidez del procedimiento por haberse presentado anomalías en los actos de trámite.

Ahora bien: ciertos actos previos al fallo pueden tornarse definitivos cuando pongan fin a la actuación administrativa o hagan imposible su continuación. En este caso, tales actos serán enjuiciables.”

En idéntico sentido ha manifestado el Consejo de Estado

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante : HAROLD MAURICIO GUTIERREZ ROMERO
Demandado : Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial
Expediente : 15001-23-33-000-2015-00861-00

“El acto administrativo es aquel que exterioriza la manifestación de voluntad unilateral de la Administración para crear, modificar o extinguir una situación jurídica. La jurisdicción ejerce su control, para verificar su legalidad. Debe tenerse en cuenta que son demandables los actos definitivos, es decir, aquellos que concretan la voluntad de la Administración, porque no tiene sentido un pronunciamiento sobre aquellos actos que no deciden el asunto, como los de trámite, que se limitan a dar impulso a la actuación”. Sección Cuarta, Sentencia del 13 de octubre de 2005, exp. 14820, M.P. Ligia López Díaz

En el *sub examine*, como quiera que el acto demandado no da una respuesta que responda de forma efectiva el derecho de petición, ni termina la actuación administrativa, sino que por el contrario, informa a la peticionaria que se elevaron sendas consultas a entes nacionales para proceder a dar solución a lo solicitado; se encuentra que el mismo no constituye un acto definitivo.

La interposición del recurso de apelación de fecha 22 de junio de 2015, no tiene la virtualidad de suplir las deficiencias anotadas, pues, en estricto rigor dicho silencio administrativo, conocido jurisprudencialmente como procesal¹ tiene la posibilidad de entender de forma tácita denegado el recurso interpuesto, no así de conferir una determinación jurídico sustancial que cree, modifique o extinga una situación jurídica, razón por la cual *sui generis* no procede la vía gubernativa contra un acto de mero trámite. Nótese como el eje central del contenido del acto administrativo es el siguiente párrafo: *“Así las cosas y mientras el ejecutivo se pronuncia al respecto, no es posible que esta seccional pueda resolver de fondo esta petición”*, así, no cabe lugar a duda que el acto impugnado no es el que resuelve de fondo la solicitud, tampoco hay lugar a pensar que genera efecto jurídico alguno sobre el que se pueda decretar la nulidad o invalidez; ante tal estado de cosas, de admitirse la demanda solo se podría emitir una decisión inhibitoria, la cual es deber del juzgador evitar.

Considerando que ha sido demandado un acto particular (Nº DESTJ15-254 del 10 de febrero de 2015) y no un acto ficto sustancial y que la justicia contencioso

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante : HAROLD MAURICIO GUTIERREZ ROMERO
Demandado : Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial
Expediente : 15001-23-33-000-2015-00861-00

administrativa obedece las reglas de un sistema procesal eminentemente dispositivo, es decir, la demanda y contestación delimitan el contorno de la sentencia que se va a emitir, y por lo tanto, la adecuada individualización del acto administrativo demandado y su vocación de ser controvertido se tornan en factores absolutamente determinantes; compete hacer al Juzgador en desarrollo de un control temprano del proceso la verificación del acto demandado, con el objeto de garantizar una adecuada administración de justicia y evitar fallos inhibitorios.

“El principio así concebido, persigue la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez, al igual que la salvaguarda del debido proceso y del derecho de defensa del demandado, cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda.” Sección Cuarta Consejo De Estado sentencia del 31 de mayo de 2012 MP. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

La consecuencia jurídica establecida con el carácter de regla jurídica, respecto a la demanda de un acto no impugnado es la contenida en el numeral 3 del artículo 169 de la ley 1437 de 2011, cual es el rechazo de la demanda y la orden de devolución los anexos del libelo al accionante, por lo que, así se procederá.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR la demanda de la referencia, por la causal contenida en el numeral 3 del artículo 169 de la ley 1437 de 2011 y por las razones expuestas.

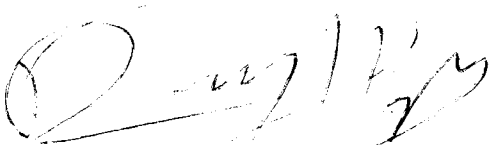
SEGUNDO: ORDENAR la devolución de los anexos de la demanda al accionante

TERCERO: RECONOCER personería para actuar en este proceso como apoderado judicial del doctor HAROLD MAURICIO GUTIERREZ ROMERO al abogado

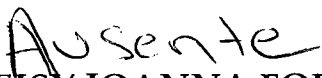
Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante : HAROLD MAURICIO GUTIERREZ ROMERO
Demandado : Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial
Expediente : 15001-23-33-000-2015-00861-00

CRISTOBAL BARON en los términos y para los efectos indicados en el memorial
poder visto a folio 80.

Notifíquese y cúmplase


DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMÉNEZ
Conjuez Ponente


PEDRO SIMON GARROTE BECERRA
Conjuez


DEISY JOANNA FORERO FORERO
Conjuez

ⁱ A título meramente enunciativo ver sentencia de fecha 12 de mayo de 2010, Sección Tercera-Consejo De Estado.



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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 23 ENE. 2018

DEMANDANTE:	LUIS JOSÉ ALMEIDA
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
REFERENCIA:	152383339752-2015-00010-02
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN MENSUAL DE RETIRO-SOLDADO PROFESIONAL
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la apoderado de la parte accionante (fls. 382-403), contra la sentencia de primera instancia proferida el 29 de julio de 2016, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 4)

“ 1. Que se **DECLARE LA NULIDAD** del acto administrativo, contenido en la Resolución No. 8119 del 23 de septiembre de 2014, proferido por el Director General de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL**, mediante la cual, se le niega el porcentaje de un 50% de la asignación de retiro al soldado Profesional del Ejército Nacional, señor **LUIS JOSÉ ALMEIDA**.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, solicitamos, se le ordene a la entidad demandada, que a **TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**, le reconozca y pague, mediante acto administrativo, una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 163 y 158 del Decreto 1211 de 1990, al **Soldado Profesional LUIS JOSÉ ALMEIDA**, identificado con la cédula de ciudadanía, No. 91.348.185 expedida en Piedecuesta, por el tiempo laborado en el Ejército Nacional, desde la fecha de su retiro, esto es desde el día 15 de julio de 2009, fecha esta, en la que fue

retirado de la institución castrense por disposición de la capacidad laboral, adquiriendo de esta manera, el derecho a la Asignación de Retiro y demás prestaciones sociales, dejadas de percibir, desde el momento que se produjo su desvinculación del servicio activo, hasta que se profiera el Acto Administrativo que reconozca la Asignación de retiro, de conformidad con el antes relacionado estatuto.

3. Que se decrete la excepción de inconstitucionalidad del artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5. Que se nos reconozca como apoderados del señor **LUIS JOSÉ ALMEIDA**, en los términos del mandato conferido.

6. Que se condene en costas, gastos y agencias en derecho, a la entidad demandada."

1.1.2. Fundamentos fácticos (fls. 4-7)

Manifestó el apoderado de la parte demandante, que el señor LUIS JOSÉ ALMEIDA laboró durante 15 años, 07 meses y 09 días en el Ejército Nacional, y como último lugar, estuvo en el Batallón de alta montaña, ubicado en el Municipio del Espino- Boyacá.

Indicó que el señor LUIS JOSÉ ALMEIDA, para la fecha 14 de febrero del 2008, fue convocado a la junta médico laboral debido a sus problemas de salud, y mediante acta No. 22964 manifestaron que el demandante sufría una disminución en la capacidad laboral en un 18.55% y que no apto para la actividad militar.

Resaltó que por solicitud de revisión ante Tribunal médico laboral, se mantuvo el porcentaje de incapacidad del actor y se consideró que dicha incapacidad no le permitía realizar actividades militares; fue así que por la recomendación médica, el Ejército Nacional decide retirarlo del servicio activo, de conformidad con el Decreto 1793 de 2000.

Agregó que orden de fallo de tutela, el director de personal del Ejército Nacional mediante orden administrativa No. 1740 de fecha 27 de septiembre de 2011, reintegró al soldado profesional, LUIS JOSÉ ALMEIDA; sin embargo, la decisión fue revocada, declarándola improcedente.

Que conforme a lo anterior, el Ejército Nacional, decide mediante orden administrativa No. 1842 de 2011, retirar del servicio activo al actor.

Manifestó que por el tiempo que permaneció en el Ejército Nacional, esto es, 15 años, 7 meses y 9 días, decidió impetrar solicitud para que le fuera reconocido el equivalente en la asignación de retiro del 50% del monto de las partidas devengadas, la cual fue denegada mediante Resolución No. 8119 de 2014, por no cumplirse con los requisitos establecidos en el Decreto 4433 de 2004.

1.1.3. Normas violadas y conceptos de violación (fls. 20-28)

Consideró como normas violadas: Los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 13, 47, 53, y 93 de la Constitución. Y como normas legales las leyes 4 de 1992, 131 de 1985 y 923 de 2004.

Sostuvo que para el caso concreto JOSÉ LUIS ALMEIDA, ingresó el día 1 de noviembre de 1995 a las filas del Ejército nacional, permaneció en el ejército durante 15 años, 7 meses, 6 días, lo que con fundamento en los Decretos 1211 de 1990, en su artículo 163, se puede acceder a la asignación de retiro, indicando entonces que el demandante tenía derecho a la asignación de retiro en un 50%, el cual fue negado mediante Resolución No. 8119 de fecha 23 de septiembre de 2014, desconociendo el Decreto 1211 de 1990 y artículo 3 de la Ley 923 de 2004.

Argumentó que la negación fue fundamentada con el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, la cual es inconstitucional. Contrariando la ley marco (923 de 2004), por la cual se fijó el régimen prestacional para los miembros de la fuerza pública, en el que precisa el contenido especial del sistema pensional y de asignación de retiro de sus miembros, señalando los requisitos necesarios para su reconocimiento.

Consideró que la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Cremil, va en contra vía con el Artículo 13 de la Constitución Política articulado que ilustra el derecho a la igualdad y se rompe cuando se otorga preferencias o establece discriminaciones entre asociados, si estos se encuentran en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico.

Solicitó acoger la tesis constitucional y excepcional, que faculta a los jueces en el deber legal de administración de justicia, dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad respecto de la referida norma, toda vez, que quebranta la ley marco (923 de 2004) y que al existir un vacío jurídico, se debe dar aplicación al Decreto 1211 de 1990 en su artículo 163, que establece 15 años de servicio en las fuerzas militares, de oficiales y suboficiales.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 84-93)

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 una vez estudiado el tema, se pudo establecer que la entidad no puede conceder el derecho en la normativa que pretende el actor, **pues no ampara a los soldados voluntarios hoy soldados profesionales**, gozando la decisión de la administración de plena legalidad.

Afirma que cuando la entidad expidió su decisión lo hizo conforme a derecho, orientada por el principio de legalidad que enmarca sus decisiones; en consecuencia, la decisión de la Administración se ajusta a derecho, esto es, en los términos del art. 16 del Decreto 4433 de 2004, que es la norma que debe aplicarse en este caso, la cual no se prevé el reconocimiento de la Asignación de Retiro a favor del demandante.

Así las cosas, la administración no tiene otra alternativa más que acatar lo dispuesto en el orden jurídico y eso fue precisamente lo que hizo al proferir el acto administrativo impugnado.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: i) *falta de legitimación en la causa por pasiva*, ii) *prescripción de mesadas*.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante sentencia proferida el 29 de julio de 2016, resolvió (fls. 372-374):

"PRIMERO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda incoada por el señor **LUIS JOSÉ ALMEIDA** contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- condenar a la parte actora en costas. Por secretaria tásense, siguiendo lo señalado por el Código General del Proceso y al pago de las agencias en derecho que serán fijadas por el Despacho, una vez este proveído cobre ejecutoria.

TERCERO.- si no se presentan recursos y ejecutoriada la providencia que resuelva sobre la liquidación de costas, archívense las diligencias, dejando las constancias y anotaciones de rigor en el Sistema de Información Judicial. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado.

Para adoptar tal determinación, la juez de instancia estableció con claridad que el Decreto 4433 de 2004 prevé un régimen de transición para **oficiales y suboficiales** de las fuerzas militares que les otorga la posibilidad de retirarse con (15) años de servicio, caso en el cual les reconoce el cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que refiere el artículo 13 *ibídem*.

Indicó que con el material aportado al proceso se determina que el señor LUIS JOSÉ ALMEIDA para la fecha en que fue retirado del servicio ostentaba la calidad de **Soldado Profesional**, y para efectos de liquidar su asignación de retiro no se aplica el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, que estableció un régimen de transición para oficiales y suboficiales, sino el artículo 16 que exige para acceder a la citada prestación, tener veinte (20) años de servicio, lo cual hace concluir que el demandante no tiene derecho a la asignación de retiro solicitada, pues tan solo contaba con quince (15) años, siete (7) meses, y nueve (9) días de servicio.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente (fls. 382-403):

Indicó que el *a quo* realizó un análisis bajo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual va en contra de la Ley marco 923 de 2004, por lo que va en contra de la Constitución Política, pues el gobierno nacional al reglamentar la ley marco con relación a los requisitos exigidos para acceder a la asignación de retiro a favor de los soldados voluntarios – profesionales en servicio activo, excedió los objetivos y criterios mínimos, prefijados por la ley Marco, siendo del caso aplicar la excepción de inconstitucionalidad, para no atender dicha disposición y por ende, obtener la asignación de retiro del acto conforme el régimen aplicable para los oficiales y suboficiales.

Señaló que no se tuvo en cuenta el principio de PROGRESIVIDAD Y NO RETROCESO, que habla el pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, la cual se ha sostenido en la **Sentencia T - 428 de 2012**, por tanto, sostuvo que la juez de primera instancia desconoció el Decreto 1211 de 1990, y la Ley 923 de 2004.

Manifestó que con la entrada en vigencia del **Decreto Ley 1793 del 2000** se estableció un nuevo régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, subsistiendo inequidad y desigualdad, frente al Decreto ley 1211 de 1990, que regula el régimen prestacional para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Así las cosas, consignó la sentencia **C-113 de 1993**, en la que la Corte Constitucional, señaló que *"la expedición de toda ley Marco implica entonces una distribución de poderes y facultades legislativas entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional. En efecto, el Congreso consagra los preceptos generales y el presidente expide los denominados decretos ejecutivos, destinados a reglamentar en forma por demás amplia, los asuntos a que se refiere la ley, decretos estos que, por cierto no tienen la misma jerarquía de la ley de la cual se derivan, pese a tener su misma generalidad y obligatoriedad"*.

En resumen, adujo que el a quo no analizó todas las pretensiones propuestas en la demanda, y tampoco limitó su análisis conforme se formuló el problema jurídico en la audiencia inicial, pero aun así, recordó las facultades concebidas para los jueces de la república, en razón al deber de declarar cuando así se considere, la excepción de inconstitucionalidad, como debe ser en este caso, pues el congreso se extralimitó con la reglamentación para los miembros de las fuerzas militares cobijadas por el Decreto 4433 de 2004.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto de fecha 1 de septiembre de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama (fls. 405), y admitido por esta Corporación mediante proveído de 6 de octubre de 2016 (fl. 411-412). A través de auto de 28 de octubre de 2016, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 416).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandante (fls. 418-423)

Apoderado de la parte demandante, allegó escrito de alegatos de conclusión reiterando lo argumentado en la demanda y en el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de primera instancia.

2.2. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público adujo que la fuerza pública ha gozado de un régimen prestacional especial, que no permite a sus beneficiarios se les aplique el sistema normativo general; por tanto, que el régimen especial que para el caso del soldado profesional fue establecido inicialmente a través del Decreto 1794 de 2000.

Arguyó que existe una situación de desigualdad para los soldados profesionales en relación con los oficiales y los suboficiales de la fuerza pública con el Decreto 4433 de 2004, pues se refiere al régimen pensional y de asignación de retiro de la fuerza pública, el cual, en su artículo 14 consagra la forma de liquidación de esta prestación para oficiales y suboficiales, decreto que desconoció el deber de diferenciar entre quienes ingresaron como soldados voluntarios a través de la Ley 131 de 1985, que posteriormente se convirtieron en soldados profesionales y los que se vincularon con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, pues esta última norma estableció un régimen de transición que reconociera las expectativas legítimas de los miembros de la fuerza pública que se encontraban próximos a acceder al derecho de pensión o asignación de retiro, omisión que resulta ilegal, en tanto que los derechos adquiridos son de rango constitucional.

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 procede declarar la excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004?

.- ¿Si procede reconocerle al actor en calidad de soldado profesional asignación de retiro con 15 años de servicio como requisito exigido conforme el régimen anterior al Decreto 4433 de 2004 para oficiales y suboficiales, esto es, el Decreto 1211 de 1990, por aplicación al principio de igualdad?

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Del Régimen Salarial y Prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

La Ley 4 de 1992 "mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que

deben 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 Constitucional", determinó entre otros aspectos que:

"Artículo 1°.- El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará **el régimen salarial y prestacional de:**

...

d. Los miembros de la Fuerza Pública.

..."(negrilla fuera de texto)

A su turno, el artículo 2 *ibídem*, dispuso:

"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..."

Ahora bien, con fundamento en la Constitución Política, artículos 217 y 218, las fuerzas militares están sujetas a un régimen prestacional, de carrera y disciplinario especiales, además existe el sistema de conscripción y de servicio militar servicio militar voluntario.

El servicio militar obligatorio se encuentra reglamentado en la Ley 48 de 1993 y a su lado, el ordenamiento ha previsto el servicio militar voluntario, es así como la **Ley 131 de 1985**, se encargó de regular el servicio militar voluntario o profesional, norma que contiene las siguientes disposiciones:

"Artículo 1. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno Nacional podrá establecer el servicio militar dentro de los términos de esta ley.

Artículo 2. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

...

Artículo 3. La personas a que se refiere el artículo 2 de la presente ley, quedarán sujetas, 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 y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta ley.

Artículo 4 El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual...

Artículo. 5 El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad...

Artículo 6. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por unas sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar"

Sobre el asunto, el Consejo de Estado, sostuvo:

"En primer término es preciso diferenciar la clase de vínculo que se crea para el Estado, frente al soldado conscripto y en relación con **el soldado voluntario o profesional**; en el primero de los mencionados (soldado conscripto) el vínculo surge del cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia y las instituciones públicas y no detenta carácter laboral, en tanto que en el **segundo vínculo (soldado profesional) surge de la relación legal y reglamentaria consolidada a través del acto de nombramiento y la posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral**.

A diferencia del soldado profesional que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado conscripto se ve impedido a hacerlo, por imposición del Estado de una carga o gravamen especial, en beneficio de todo el conglomerado social y en aras de su seguridad y tranquilidad. Así es como el conscripto no goza de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a que se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, ya que la ley tan solo le reconoce algunas "prestaciones" las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco, se asimilan para efectos de este estudio, al régimen a for fait previsto por la ley para el soldado profesional. ¹ (resaltado fuera de texto)

El demandante invoca como fuente para derivar sus pretensiones, habida cuenta que a la fecha de ingresó laboral del actor no existía normatividad alguna para obtener su asignación de retiro, el Decreto Ley 1211 de 1990, por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, artículos 158 y 163, normas del siguiente tenor literal:

"PRESTACIONES POR RETIRO

Artículo 158. liquidación prestaciones. Al personal de oficiales y suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas...

¹ Exp. 1997-00448 sentencia del 10 de agosto de 2005 M.P. María Helena Giraldo Gómez.

Artículo 163 Asignación de retiro. Durante la vigencia del presente estatuto, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15 años) por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los comandos de fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente, o por disminución de la capacidad psicofísica ...y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha 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 equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

..." (subraya fuera de texto).

Bajo los preceptos normativos hasta ahora invocados, tal y como lo expuso el demandante, se puede afirmar que no existe norma expresa que consagre el derecho a la asignación de retiro para soldados voluntarios o profesionales que hubieren servido 15 años; contrario a ello, sí existe norma (Decreto 1112 de 1990) que consagra la asignación de retiro con ese tiempo de servicio (15 años) para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, sin consideración a la edad.

Ahora bien, el reconocimiento estatuido para los soldados profesionales se limita al régimen prestacional y salarial. A saber, a partir de la vigencia del Decreto 65 del 10 de enero de 1994 tienen derecho a devengar una prima mensual de antigüedad equivalente al 6% de la bonificación total por cada año de servicio, sin exceder de 54%, y computable en la prima a que se refiere el artículo 6 de la Ley 131 de 1985. (Artículo 30)

Luego, mediante el **Decreto Ley 1793 del 4 de septiembre de 2000**, el legislador extraordinario expidió **el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares**, disponiendo:

*"Artículo 42 Ámbito de aplicación. 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.***

Artículo 38. Régimen salarial y prestacional. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto en la ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.

Artículo 39. Régimen de pensiones. La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la ley 100 de 1993.

..." (negrilla fuera de texto)

Con el **Decreto 1794 de 2000**, el Gobierno Nacional **definió el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares**, estableciendo como prestaciones; la asignación básica, prima de antigüedad, prima de servicios anual, prima de navidad, prima de vacaciones, pasajes por traslado, pasajes por comisión, vacaciones, cesantías, subsidio familiar, planes de vivienda militar y en el artículo 12, señaló:

"Tres (3) meses de alta. El soldado profesional con derecho a pensión, continuará dado de alta en la respectiva contaduría por tres (3) meses a partir de la fecha del retiro para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales. Durante dicho lapso devengará la totalidad de los haberes correspondientes a su cargo. Ese tiempo no se computa como de servicio."

A su turno, con el **Decreto 2070 del 25 de julio de 2003**, el Gobierno Nacional, "por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", extendió su aplicación a los soldados de las Fuerzas Militares; sin embargo, el mentado decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por vulnerar la reserva de la ley marco prevista en el artículo 150, numeral 19 literal e) de la Constitución Política, al conferir facultades extraordinarias para regular el régimen prestacional especial de los miembros de la Fuerza Pública contra expresa prohibición constitucional prevista en el numeral 10 de la misma disposición.² Lo anterior, produjo reincorporar al sistema jurídico las disposiciones que habían sido derogadas, para garantizar la integralidad y supremacía de la Carta Política, **continuando con el vacío normativo para los soldados voluntarios o profesionales, pues estos no tenían norma propia que estableciera los presupuestos o requisitos para ser beneficiario de la asignación de retiro.**

Con el advenimiento de la **Ley 923 de 2004**, se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del **régimen pensional y de asignación de retiro de todos los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literal e) de la Constitución Política**, estableciéndose en su artículo 3o., numeral 3.1., que:

² C-432-2004 sent del 6 de mayo de 2004 M.P. Rodrigo Gil Escobar

"..3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. (resaltado fuera de texto)

Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.

En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones."

A partir de lo anterior, la jurisprudencia Contencioso Administrativa, concibió de la norma transcrita los siguientes aspectos:

" ...

- Como tiempo de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro un mínimo de 18 años y un máximo de 25 años de servicios.

- Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional indicó que a los miembros en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 **no se les exigirá un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores**, sin que pueda ser superior a 20 años de servicios cuando el retiro se produzca a solicitud propia, ni inferior a los 15 años de servicios cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Lo anterior, en concordancia al tiempo de servicios señalados en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

Por tanto, **el único condicionamiento que la Ley 923 de 2004 consagró para ser beneficiario de la transición señalada en su artículo 3.º es que al momento de la entrada en vigencia la persona se encuentre en servicio activo en las Fuerzas Militares**, toda vez, que respecto a la exigencia del término señalado a los miembros activos, únicamente se limitó a respetar los mínimos y máximos señalados en el Decreto 1211 de

1990 para el reconocimiento de la asignación de retiro.”³

Con base en las facultades otorgadas por la **Ley 923 de 2004**, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto Ley 4433 de 2004**, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Su artículo 4º, señala:

“ ARTICULO 4o. ALCANCE. El régimen especial de **asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares** y de la Policía Nacional, regula los derechos a las prestaciones económicas periódicas de quienes prestan sus servicios a la Nación como miembros de la Fuerza Pública que comprende **la asignación de retiro**, la pensión de invalidez, y su sustitución, así como la pensión de sobrevivencia”. (resaltado fuera de texto)

Atendiendo a la naturaleza de la Asignación de Retiro, la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, señaló:

“12. Siguiendo esta línea de argumentación, la Corte se encuentra ante un nuevo interrogante, a saber: ¿Qué naturaleza jurídica tiene la ‘asignación de retiro’..?”

Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de ‘asignación de retiro’, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Un análisis histórico permite demostrar su naturaleza prestacional. Así, el artículo 112 del Decreto 501 de 1955, es inequívoco en establecer a la asignación mensual de retiro dentro del catálogo de prestaciones sociales a que tienen derecho los oficiales o suboficiales de la fuerza pública”.

En cuanto al acto acusado dentro del proceso de la referencia, se resalta que la negativa del reconocimiento de la asignación del retiro del actor, lo fue bajo lo consignado en el **artículo 16 del Decreto 4433 de 2004**, que textualmente reza:

“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,

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00224-01 (3743-14)

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)

Fuerza concluirse que en el Decreto reglamentario, los soldados profesionales vinculados a partir de su expedición, **devengaran asignación de retiro cuando sean retirados con 20 años de servicio; aflorando al ordenamiento jurídico tan solo hasta ese momento el derecho de la asignación de retiro, pues previo a dicha disposición se denota un vacío normativo respecto a los soldados profesionales.**

Ahora bien, propone el demandante se implique por inconstitucional o ilegal el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues fue el fundamento de la negativa de su derecho, argumentando que a él se le debe reconocer el régimen de transición, y por ende, que le sea aplicado el Decreto 1112 de 1990; sin embargo, no puede desconocer esta Corporación que el máximo Órgano de lo Contencioso ya tuvo oportunidad de pronunciarme sobre la legalidad del artículo, en sentencia del 23 de octubre de 2014, expediente: número: 11001-03-25-000-2007-00077-01(1551-07) Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ, que en lo pertinente consideró:

"Examinado el texto del citado artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, nota la Sección que su texto es de idéntico contenido a la norma que bajo el mismo número formaba parte del Decreto 2070 de 2003 norma que el Presidente de la República expidió con fundamento en las facultades extraordinarias que fueron conferidas por el artículo 17 numeral 3º de la Ley 797 de 2003. El referido Decreto 2070 de 2003 en su integridad, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 por cuanto no era esa una materia que pudiera ser objeto de la Ley ni tampoco de los Decretos Leyes expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Legislador al Presidente de la República, comoquiera que el artículo 150 numeral 19 literal e) estableció que corresponde al Congreso dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a que ha de someterse el Gobierno Nacional para la fijación del Régimen Salarial y Prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso de la República y de la Fuerza Pública, lo que habrá de cumplirse por el Ejecutivo en los decretos que desarrollen la Ley Marco correspondiente.

Elo significa entonces que conforme a la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional no quebrantó norma preexistente al regular los pertinente a la asignación de retiro para soldados profesionales conforme aparece en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, cuyo contenido se ajusta, ahora sí a una Ley Marco que lo autorice para el efecto, lo que no ocurrió cuando esa norma formó parte del Decreto-Ley 2070 de 2003 que fue expedido con fundamento en facultades extraordinarias concedidas por el Congreso de la República al Ejecutivo por el artículo 17 numeral

3° de la Ley 797 de 2003, para lo cual no podía expedirlas, según ya se recordó.”

Como puede observarse, el artículo 16 no fue declarado nulo, por la potísima razón que no se encontró que se hubiere incurrido en violación del marco competencial del Gobierno Nacional conforme a las normas generales, objetivos y criterios a los que debía someterse según lo dispuesto por la Ley 923 de 2004, así entonces, **se consideró que no quebrantó norma preexistente que regulara la asignación de retiro para soldados profesionales.**

Sin embargo, resulta legítimo atender para el *sub lite* el fundamento establecido en la Ley 923 de 2004, artículo 3.1 inciso 24, dado el vacío normativo que existe con relación a los soldados profesionales, en pro de su condición más beneficiosa, máxime cuando se trata de un derecho a la seguridad social, como lo es la asignación de retiro, y por ello, si bien es cierto, que no se puede desconocer que el marco general no impidió que se hicieran más rígidos los requisitos para optar por la asignación de retiro, en cuanto al tiempo de servicios, también es cierto, que para quienes se encontraban en servicio activo al momento de su entrada en vigencia fue más benevolente, habida cuenta que no se les exigiría más tiempo que el contemplado en el régimen anterior.

Entonces, no puede esta Corporación desconocer los derechos que merecen los soldados profesionales, tan solo porque en el ordenamiento jurídico no existía una norma especialísima que estableciera la asignación de retiro; de ahí que la interpretación judicial sea una herramienta que sirve de derrotero ante situaciones que necesiten una solución justa y equitativa, pudiéndose entonces aplicar como lo ha solicitado el demandante, el régimen del que son beneficiarios los oficiales y suboficiales, esto es, el Decreto 1112 de 1990.

Vale recordar que esa regulación permitió entre otros, que quien fuera retirado del servicio por voluntad del Gobierno o de los Comandos de Fuerza, según el caso, podrían hacerse acreedores del beneficio de retiro con asignación mensual con un tiempo de servicios de 15 años, de manera que el soldado profesional al igual que el oficial o suboficial deben tener el mismo trato, pues para todos los miembros de las fuerzas militares debe existir un principio de igual y armonía con el sistema jurídico que sea homogéneo de situaciones similares o semejantes; en otras palabras, ante la

⁴ A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal

omisión legislativa latente respecto del régimen de transición para los soldados profesionales, se debe valer el régimen del que gozan los oficiales y suboficiales

Sea esta la oportunidad de señalar que la jurisprudencia ha reconocido sistemáticamente a los soldados profesionales factores salariales por equivalencia a los reconocidos a los oficiales y suboficiales, tanto, que recientemente esta Corporación, en sentencia del 14 de noviembre de 2017, dentro del expediente 15001333300920150001301 MP Fabio Iván Afanador García, confirmó el reconocimiento que hiciera el juez de primera instancia sobre la prima de navidad entre otros, y en donde se reiteró:

“...

En primer lugar, dirá la Sala que el artículo 2º de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 señaló la **igualdad** y la **equidad** como principios medulares para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros la Fuerza Pública, y estableció como objetivo y criterio la prohibición de discriminar 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.

De tal manera que la vulneración de tales principios, objetivos y criterios conlleva la ineficacia del régimen pensional y/o de asignación de retiro respectivo, tal como lo previó expresamente el artículo 5º de la referida Ley 923:

Artículo 5º. Límites legales. Todo régimen pensional y/o de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley, carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos.

...

La Sala precisa entonces, que para establecer tal situación, esto es, diferenciación de trato, se debe subsumir además otras circunstancias que efectivamente marcan la discriminación impartida entre partes, esto es, "(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad"

Si bien los dos grupos pertenecen a una misma Fuerza Pública, la diferencia que entre ellos radicaría se limita en determinar las responsabilidades o tareas a ejecutar en cabeza de cada uno, pues como bien lo ha enseñado la Jurisprudencia Constitucional, los **"oficiales"** son aquellos formados, entrenados capacitados para ejercer la

"conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los **suboficiales** les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales." y "**Los soldados profesionales** y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes". Estos escenarios que desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, ubican a tales grupos en situaciones de hecho distintas y por lo mismo, en principio, no tendrían que estar sometidos al mismo tratamiento."

Así las cosas, para efectos de colmar las expectativas de quienes estaban en servicio activo al momento de expedirse la Ley marco 923 de 2004, pero con la expectativa de adquirir su asignación de retiro, se les debe exigir los requisitos contenidos en el régimen anterior, que en este caso, por criterio de igualdad y equidad, debe ser el Decreto 1211 de 1990.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al asunto debatido, encuentra la Sala conforme al material probatorio, y lo expuesto en la normativa y jurisprudencia aplicable que:

.- El señor Luis José Almeida mediante solicitud enviada a CREMIL el 24 de julio de 2014 solicitó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a que tiene derecho por haber permanecido en servicio activo del Ejército Nacional, el equivalente al 50% del monto de las partidas devengadas para los miembros de las Fuerzas Militares en aplicación al derecho de igualdad y al vacío jurídico de la Ley 131 de 1985 y el Decreto 370 de 1991, de conformidad con los artículos 158 y 163 del Decreto Ley 1211 de 1990, desde la fecha de su retiro, esto es, desde el 15 de julio de 2009 (sic) (fl.50-53).

.- Para el 31 de julio de 1995, conforme la orden administrativa de personal No. 1228, se da de alta al personal reservista como soldados voluntarios, entre ellos, Luis José Almeida (fl.86-88).

.- A folio 75 a 77, obra orden administrativa No. 001175 del 20 de octubre de 2003 (sic), por medio del cual se registra la incorporación como soldado profesional, entre otros, a Luis José Almeida (fl.75-77).

.- Con la orden administrativa de personal No. 1367 del 15 de julio de 2009, se acreditó que el actor, fue retirado del servicio activo de la Institución en calidad de soldado profesional, conforme a causal "acta médico Tribunal" (fl.78-80).

.- Con orden administrativa Np. 1740 de 27 de septiembre de 2011, y en virtud de fallo de tutela de primera instancia, se reintegró al servicio al

soldado profesional Luis José Almeida (fl. 83-84).

.- Como consecuencia de lo anterior, la Jefatura de Desarrollo Humano, el 10 de diciembre de 2012, hizo constar que el soldado profesional Luis José Almeida, acumuló un tiempo de servicios prestados a las fuerzas militares por 15 años, 7 meses y 9 días hasta el 31 de diciembre de 2011 (fl. 98).

.- A su turno, con la orden administrativa No. 1842 del 28 de octubre de 2011, el jefe de desarrollo humano del Ejército Nacional, dispuso el retiro del servicio activo de la institución al soldado profesional Almeida Luis José, según fallo de tutela que resuelve revocar íntegramente el fallo proferido en primera instancia y la niega por improcedente (fl. 81-82).

.- De igual manera, según la hoja de servicios No. 3-00091348185 el señor Luis José Almeida ingresó al servicio militar el 14 de enero de 1994 al 15 de julio de 2009 (fl. 90).

.- Que mediante Resolución No. 8119 del 23 de septiembre de 2014, se le negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, atendiendo al tiempo de servicios, el cual es inferior a 20 años, contraviniendo lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (fl.59-61).

Para consideración de la Sala, **es claro que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro**, contrario a lo aducido por la *a quo*, en la medida que queda claro que al momento de entrar en vigencia la Ley 923 de 2004, el actor estaba en servicio activo, y por tanto, estaba cobijado por el régimen anterior. Ante el silencio legislativo, el trato de igualdad que se merecen los soldados profesionales frente a otros miembros de las Fuerzas Militares, como lo son los oficiales y suboficiales, comparte esta Sala que deben ser amparados de los beneficios consagrados en el Decreto 1112 de 1990, artículo 163, por cuanto como ya se dijo, **el demandante fue retirado del servicio activo con 15 años de servicio**, por no ser apto para el servicio militar conforme a la disminución de la capacidad laboral.

Se reitera que no puede desconocerse la situación fáctica del demandante, es decir, que el actor no se retiró del servicio por voluntad propia, sino por razones enmarcadas en la discrecionalidad de la institución castrense, al no ser apto para el servicio militar ante la disminución de su capacidad del 18.55%, determinada por la Junta Médico Laboral y confirmada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

Si bien no existe norma que directamente le otorgue el derecho a la asignación de retiro antes de la Ley marco 923 de 2004 y el Decreto Ley 4433 de 2004, ello no es óbice que para estos casos deba prevalecer el “derecho y deber del intérprete de consultar la naturaleza de las cosas”⁵, por tanto, por lo esbozado y ante ese vacío normativo, en aplicación del derecho a la igualdad, a los beneficios mínimos irrenunciables, del principio de universalidad en seguridad social, este último como garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida, (artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política) y de los criterios de equidad, de justicia; se acude a las normas citadas como fuente de derecho en la demanda, que se encuentran vigentes y regula una situación similar al caso aquí debatido, en relación con suboficiales y oficiales de las Fuerzas Militares, tal y como sucede con el Decreto 1211 de 1990.⁶

Resulta procedente dada la actividad ejercida por el demandante, que en materia prestacional tenga una protección integral, razonable y proporcional en relación con los demás miembros de las Fuerzas Militares, en este caso, la de los suboficiales y oficiales, pues en últimas por los riesgos propios de la actividad que corren, debe tener el mismo tratamiento.

En ese orden de ideas, el demandante tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerza Militares, le reconozca y pague a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta contados luego de la fecha del retiro, esto es, 31 de octubre de 2011, a una asignación mensual de retiro, equivalente al cincuenta (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 *ibídem*, que se reajustarán año a año conforme al sistema de oscilación contenido el artículo 169 de la norma citada.

Las sumas adeudadas por concepto de mesada dejada de pagar desde cuando se causó el derecho hasta la ejecutoria de esta sentencia, se ajustarán al valor, conforme a la siguiente fórmula adoptada por el H. Consejo de Estado:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el VALOR PRESENTE ® se determina de la siguiente manera: MULTIPLICANDO el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por la

⁵ Stobbey Dernburg, citados. *Introducción al Derecho*. Marco G. Monroy Cabra. tomado de: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B.", seis (6) de julio de dos mil siete (2007) Magistrado Ponente: Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. REFERENCIA : 2003- 08191

⁶ TRIBUNAL, ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B.", seis (6) de julio de dos mil siete (2007) Magistrado Ponente: Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. REFERENCIA: 2003- 08191

demandante por concepto de asignación de retiro desde la fecha que se causó hasta la ejecutoria de esta sentencia, POR EL GUARISMO que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha del incumplimiento de la obligación.

La entidad demandada deberá aplicar la fórmula de manera escalonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes y el mes más reciente una menor.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, descontará los valores reconocidos por concepto de la bonificación a que se refiere el artículo 6 de la ley 131 de 1985.

4. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

En relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado⁷ frente a la imposición de la condena en costas, 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 C.G.P.

En lo que respecta a las costas y agencias en derecho en la segunda instancia, se advierte que en el trámite aquí surtido no se generaron, atendiendo a que se atendieron los argumentos de la recurrente.

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se decide:

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 8119 del 23 de septiembre de 2014, mediante el cual se negó la asignación de retiro en un porcentaje del 50 % al señor LUIS JOSÉ ALMEIDA.

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. CP. Guillermo Vargas Ayala. Expediente 25000-23-24-000-2012-00446-01. Fecha 16 de abril de 2015.

TERCERO: Como consecuencia de la nulidad que se decreta, CREMIL, reconocerá y pagará, al señor LUIS JOSÉ ALMEIDA con C.C. 91.348.185, a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, contados desde la fecha de su retiro, esto es, el 31 de octubre de 2011, una asignación mensual de retiro, de conformidad al artículo 163 del Decreto ley 1211 de 1990, equivalente al cincuenta (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 ibídem. Las sumas que deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificados con el DANE y de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia. Realizando los respectivos descuentos de ley

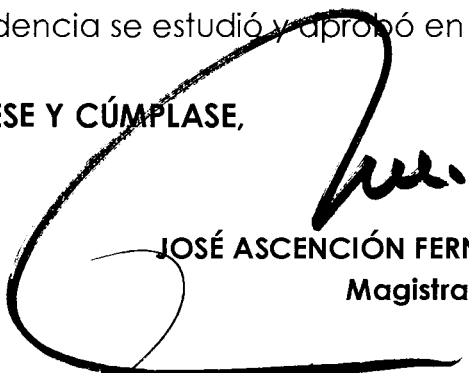
CUARTO.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL descontará si es del caso, los valores cancelados por concepto de la bonificación a que hace referencia el artículo 6 de la ley 131 de 1985.

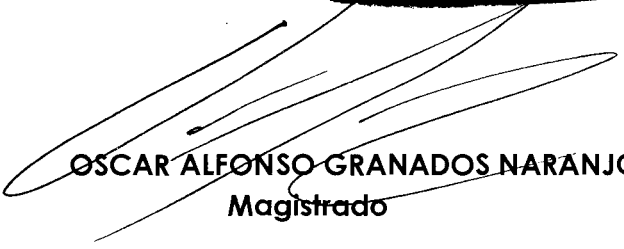
QUINTO: Sin condena en costas.

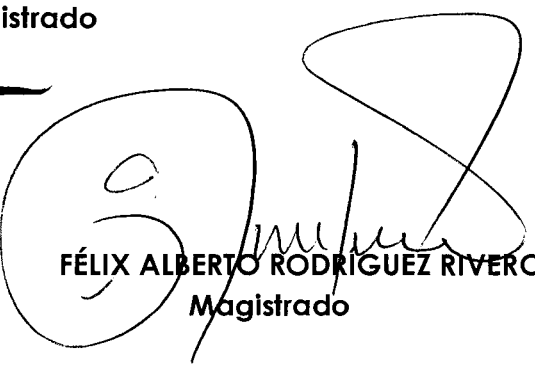
QUINTO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

Hoja de firmas
Demandante: Luis José Almeida
Demandado: CREMIL
Radicado: 15238333975201500010-02

RECEIVED ADMINISTRATIVE
OF NOTARY
10
