REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	GALVIS FRACASSI S.A.S. (HOY INGENIEROS G F S.A.S.)
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
REFERENCIA:	150012333000**201300352**-00
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Revisado el expediente, se observa que el perito JORGE FAJARDO CASTAÑEDA tomó posesión el 23 de noviembre de 2017 (f. 577) y en el 27 de noviembre del mismo año allegó un presupuesto de los gastos del dictamen que le fue encomendado, cuyo pago solicita para efectos de adelantar la experticia (ff. 578-579), y además pidió la ampliación del término para rendir el peritaje por 30 días adicionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, previo a que el Despacho se pronuncie sobre la solicitud de ampliación del término, se dispondrá poner en conocimiento de las partes[1] el anterior memorial, con el fin de que se pronuncien al respecto. No sobra aclara que, de acuerdo al artículo 364 numeral 5° del CGP, si una parte paga la totalidad de los gastos en mención podrá solicitar el reembolso del porcentaje que estaba a cargo de la otra.

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado,

RESUELVE:

PONER EN CONOCIMIENTO de las partes el escrito allegado el 27 de noviembre de 2017 por el perito JORGE FAJARDO CASTAÑEDA (ff. 578-579), para que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación por estado de la presente providencia se pronuncien al respecto. Se precisa que, de acuerdo al artículo 364 numeral 5° del CGP, si una parte paga la totalidad de los gastos en mención podrá solicitar el reembolso del porcentaje que estaba a cargo de la otra.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

[1] La prueba pericial fue decretada de oficio en la Audiencia Inicial adelantada el 25 de febrero de 2014 y los gastos que implicara su práctica quedaron a cargo de **ambas partes en igual porcentaje** (ff. 445-449).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOYACÁ

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE
NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO
Nº 11 DE HOY: 2019
A LAS 8:00 A.M.

SECRETARIA

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
REFERENCIA:	15001233300020130049O-00
EJECUTANTE:	EMMA LUISA GAMBOA BERNAL
EJECUTADO:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
DECISIÓN:	SEGUIR ADELANTE LA EJECUCIÓN

Procede la Sala a proferir auto de seguir adelante con la ejecución, en los términos del artículo 440 del Código General del Proceso, dentro del medio de control Ejecutivo, que promueve la señora **EMMA LUISA GAMBOA BERNAL** contra el **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ,** sin que exista causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Solicitó la parte actora[1], que se ordene el pago de las costas procesales y agencias en derecho conforme con los artículos 188 del CPACA y 306 y 307 del CGP, así como se ordene el pago de los intereses moratorios causados.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Señaló la parte actora que dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia fueron reconocidas, tasadas y aprobadas las costas procesales y agencias en derecho, y por lo tanto, solicita se ordene a la entidad demandada, realice el pago que corresponda.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Surtida la notificación del mandamiento ejecutivo, según consta a folios 147, así como el traslado de veinticinco (25) días de que trata el art. 199 CPACA modificado por el 612 del C.G.P, y el término para proponer

[1] Ver folio 88.

excepciones del art. 442 del C.G.P, la entidad guardó silencio.

4. TRÁMITE PROCESAL:

La señora **Emma Luisa Gamboa Bernal**, mediante apoderado judicial presentó escrito el 13 de junio de 2016 (fl. 88) dentro del proceso de la referencia con el fin de obtener el pago de las costas procesales y agencias en derecho, amparado en los artículos 188 del CPACA y 306 y 307 del CGP, solicitando la ejecución con base en la sentencia del 13 de febrero de 2015. De igual manera, se solicitó como medida cautelar el embargo y secuestro de cuentas de la entidad demandada

Mediante auto del 10 de febrero de 2017 (fl. 91) previo a resolver sobre la medida cautelar, se dispuso oficiar a las entidades bancarias para que certificaran las cuentas que posee el ejecutado y si gozaban de beneficio de inembargabilidad. Conforme con las respuestas obtenidas con providencia del 18 de julio de 2017, se negó el decreto de la medida cautelar (fl. 141-142).

De igual manera, el Despacho resolvió mediante auto del 18 de julio de 2017 (fl. 136-139) librar mandamiento en los siguientes términos:

> *"... - UN MILLÓN TRECIENTOS CUATRO MIL QUINIENTOS PESOS ($1.304.500), por concepto de la condena en costas procesales impuesta en la providencia dictada el 15 de diciembre de 2015 por este Despacho, la cual quedó ejecutoriada el 11 de enero de 2016.*
>
> *-CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS ($188.406)[2] por concepto de intereses moratorios causados a partir 11 de enero de 2016 (fecha de ejecutoria) hasta el 17 de julio de 2017 (fecha en la que profiere esta providencia). En todo caso, se seguirán causando hasta que la entidad ejecutada realice el pago."*

El mandamiento ejecutivo fue notificado a la demandada en fecha 15 de agosto de 2017 (fl. 147). El traslado de los veinticinco días (art. 199 del C.P.A.C.A modificado por el 612 del C.G.P), se surtió desde el 16 de agosto de 2017 al 20 de septiembre del mismo año (fl. 148). En la misma providencia se concedieron a la entidad ejecutada los términos de 5 días

[2] Monto establecido conforme a la liquidación realizada por la Contadora de la Corporación, la cual se incorpora al expediente

para llevar a cabo el pago de la obligación y de 10 días para proponer excepciones, como lo establecen los artículos 431 y 442 del CGP, no obstante, la entidad guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

El Despacho advierte como problema jurídico el siguiente:

¿Debe seguir la ejecución a favor de la señora **Emma Luisa Gamboa Bernal** y a cargo del **Departamento de Boyacá** tal y como lo dispuso el mandamiento de pago librado el 18 de julio de 2017, en razón a la ausencia de contestación y proposición de excepciones en la oportunidad correspondiente, por parte de la entidad ejecutada?

2. LA ACCIÓN EJECUTIVA

Todo juicio de ejecución está dirigido a satisfacer el interés tutelado a favor de su titular ante la renuencia del obligado; se trata entonces de la efectivización coactiva del derecho aducido por el acreedor.

De la misma forma que en el proceso declarativo, en el trámite de la ejecución se contraponen dos partes cuyos intereses están en conflicto, pero a diferencia del primero, en el proceso ejecutivo se parte de la certeza inicial del derecho del demandante que no necesita ser declarado, toda vez que consta en un documento al que la ley atribuye el carácter de prueba integral del crédito.

En lo que hace referencia al título ejecutivo, entendido como el presupuesto para el ejercicio de la acción compulsiva, se encuentra que se debe probar desde el comienzo la existencia formal y material de un documento o de un conjunto de documentos que contengan los requisitos previstos en la ley, en los cuales se consagre con certeza judicial, legal o presuntiva el derecho del acreedor y la obligación correlativa del deudor, es decir, lo que le permite al primero reclamar del segundo el cumplimiento de la obligación.

El artículo 422 del CGP establece las condiciones formales y de fondo que debe reunir un documento para que de él se pueda predicar la existencia

de título ejecutivo. Las condiciones formales buscan que los documentos que integran el título conformen una unidad jurídica, que sean auténticos, y que emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el Juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme.

Las condiciones de fondo buscan que en los documentos que sirven de base para la ejecución aparezcan consignadas obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, y que sean líquidas o liquidables por simple operación aritmética, en el caso de obligaciones pagaderas en dinero.

3. DEL ANÁLISIS PROBATORIO Y CASO CONCRETO

El numeral 1° del artículo 297 del CPACA establece que constituyen título ejecutivo *"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"*.

Ahora bien, al momento de librar mandamiento de pago este Despacho analizó los requisitos de forma y de fondo del mencionado título de recaudo, y liquidó la obligación a cargo de la entidad ejecutada, teniendo como límites tanto el contenido de las decisiones judiciales como las pretensiones de la demanda, con el fin de respetar el principio de congruencia[3].

En este sentido, para debatir el contenido de la acreencia, correspondía a la ejecutada formular excepciones, de acuerdo a lo establecido en los numerales 1° y 2° del artículo 442 del CGP, o refutar la liquidación efectuada previamente por el Despacho. Sin embargo, dentro de la oportunidad legal, la entidad no ejerció oposición alguna a la ejecución.

Por lo tanto, debe darse aplicación a lo contenido en el inciso 2° del

---

[3] CGP, Art. 281: *"(...) CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

artículo 440 del CGP, que señala:

> *"(...) ARTÍCULO 440. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, ORDEN DE EJECUCIÓN Y CONDENA EN COSTAS. Cumplida la obligación dentro del término señalado en el mandamiento ejecutivo, se condenará en costas al ejecutado, quien sin embargo, podrá pedir dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que las imponga, que se le exonere de ellas si prueba que estuvo dispuesto a pagar antes de ser demandado y que el acreedor no se allanó a recibirle. Esta petición se tramitará como incidente que no impedirá la entrega al demandante del valor del crédito.*
>
> *Si el ejecutado no propone excepciones oportunamente, el juez ordenará, por medio de auto que no admite recurso, el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado. (...)"*
> (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En virtud de lo anterior, siguiendo el precepto transcrito en precedencia, se dispondrá seguir adelante la ejecución en los términos enunciados en el mandamiento de pago y condenar en costas a la entidad ejecutada, con el propósito de avanzar hacia la liquidación del crédito, donde cualquiera de la parte podrá presentar la cuantificación de la acreencia, en los términos del artículo 446 del CGP.

4. COSTAS

En el presente caso se condenará en costas a la parte ejecutada, con fundamento en los artículos 365 numeral 1° del CGP y 188 del CPACA. Para su liquidación, por Secretaría deberá seguirse el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

5. AGENCIAS EN DERECHO

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 del CGP y los criterios señalados por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo No. 1887 de 2003, en concordancia con el artículo 7° del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016, se fijarán como agencias en derecho el equivalente al uno por ciento (1%) del valor del pago ordenado en el mandamiento ejecutivo; suma que deberá ser sufragada por la parte

ejecutada.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: SEGUIR ADELANTE LA EJECUCIÓN a favor de la señora **EMMA LUISA GAMBOA BERNAL** y en contra del **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** por los conceptos por los que fue librado el mandamiento de pago, de acuerdo a las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: PRACTÍQUESE la liquidación del crédito, conforme al procedimiento establecido en el artículo 446 del CGP. Para efectos de lo anterior, cualquiera de las partes podrá presentar la liquidación de la obligación, adjuntando los documentos que la sustenten.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte ejecutada. Liquídense por Secretaría y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

CUARTO: FIJAR como agencias en derecho el equivalente al uno por ciento (1%) del valor del pago ordenado en el mandamiento ejecutivo; suma que deberá ser sufragada por la parte ejecutada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 27 MAR 2013

Demandante	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP
Demandado	Gloria Isabel Álvarez Ayala
Expediente	150012333000201400395-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Sentencia de primera instancia – Nulidad de la resolución por la cual se reconoció pensión de jubilación

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adelantado a través de apoderado judicial por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP contra la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 3 a 12).

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP, presentó demanda en contra de la señora Gloría Isabel Álvarez Ayala, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución No. 12417 del 11 de diciembre de 1994, por medio de la cual la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE, le reconoció una pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la demandada, devolver todas y cada una de las sumas de dinero que recibió por concepto de la pensión de jubilación que le otorgó la demandante y su antecesora, desde el 01 de enero de 1994 y hasta cuando se verifique el pago de las mesadas pensionales.

1.1. HECHOS

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

Indicó que la demandada nació el 31 de agosto de 1935 y adquirió su status pensional el 15 de enero de 1992.

Señaló que prestó sus servicios al Estado en la Secretaría de Salud de Boyacá desde el 27 de noviembre de 1963 al 20 de febrero de 1995; en la Cámara de Representantes desde el 20 de agosto de 1964 al 18 de agosto de 1993; en la Caja Nacional de Previsión Social desde el 01 de abril de 1976 al 31 de diciembre de 1993 y en el Instituto de Seguros Sociales del 12 de septiembre de 1973 al 30 de enero de 1994, fecha de retiro definitivo del servicio (Resolución No. 4947 de 20 de diciembre de 1993).

Manifestó que a la señora Álvarez Ayala, la extinta Caja Nacional de Previsión Social le reconoció una pensión vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 01 de enero de 1994 y que posteriormente, el extinto Instituto de Seguros Sociales mediante la Resolución No. 7716 de 1996, le reconoció una pensión de vejez compartida.

Concluyó que el reconocimiento de una segunda pensión de jubilación a la demandada, transgrede el ordenamiento constitucional y legal.

1.2 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La entidad demandante citó como normas violadas las siguientes: artículo 19 de la Ley 4 de 1992; literal b) del artículo 49 del Decreto 758 de 1990; artículo 18 de la Ley 758 de 1990 y artículo 128 de la Constitución Política.

Al efecto indicó que si bien es cierto la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala acredito los requisitos legales, tanto en Cajanal EICE como en el ISS, para ser beneficiaria de la pensión, no podía percibir dos erogaciones del erario público, por cuanto ello contraviene lo dispuesto por el artículo 128 de la Constitución Política.

Agrega que la pensión compartida por el ISS – patrono, posteriormente fue compartida por el ISS – empleador, ello en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no es dable que un pensionado pueda legalmente recibir dos prestaciones económicas a la vez.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado de la demanda y a través de apoderado, la demandada contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la misma y refiriéndose a cada uno de los hechos (fls. 139 a 149).

Como argumentos de su defensa indicó que la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció y pago una pensión de jubilación como quiera que prestó sus servicios al Estado durante más de 20 años, así: desde el 21 de noviembre de 1963 al 20 de febrero de 1965 como odontóloga; desde el 20 de julio de 1964 al 20 de diciembre de 1973, en la Cámara de Representantes y desde el 1° de abril de 1976 al 30 de diciembre de 1993 como odontóloga de medio tiempo.

Indicó que de igual forma, laboró por más de 20 años en el Instituto de Seguros Sociales, desempeñándose como Odontóloga General con dedicación parcial de cuatro horas diarias, del 12 de septiembre de 1973 al 29 de enero de 1994, ello, como quiera que la ley permite al personal asistencial que presta servicios de salud, desempeñarse en más de un empleo en entidades de derecho público.

Sostuvo que los tiempos cotizados en la Caja Nacional de Previsión Social y el Instituto de Seguros Sociales, son diferentes y no acumulativos, luego, los tiempos cotizados al ISS no forman parte de lo que tuvo en consideración la Caja Nacional de Previsión para reconocer la pensión de jubilación prevista en la Resolución No. 12417 de 11 de diciembre de 1994.

Propuso como excepciones las siguientes:

- **Caducidad:** en sustento de la misma indicó que conforme a lo dispuesto en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, a partir de la expedición del acto administrativo acusado, esto es, el 11 de diciembre de 1994, la entidad contaba con 5 años para demandarlo, no obstante, la demanda fue presentada hasta el año 2015, es decir, 20 años después de que se profiriera el mismo.

  Señaló que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011 estableció que las acciones contra actos administrativos que reconozcan o nieguen el pago de prestaciones periódicas pueden interponerse en cualquier tiempo, también es cierto que tal disposición opera exclusivamente para los actos administrativos proferidos con posterioridad a la vigencia de la citada Ley.

  En ese sentido, indicó que la entidad accionante no puede beneficiarse del tránsito legislativo, que en materia procesal, modificó la caducidad de las acciones, por cuanto ello afectaría la seguridad jurídica y la presunción de legalidad de los actos administrativos. Además de ello, manifestó que el reconocimiento de la pensión de jubilación (Resolución No. 12417 de 11 de diciembre de 1994) se dio por medios legales y en su momento trascurrieron los 2 años de caducidad de la acción sin que se hubiere promovido el respectivo proceso de lesividad.

- **Compatibilidad Pensional:** Señaló que la prohibición para servidores públicos de percibir doble asignación del tesoro del Estado, consagrada en el artículo 128 constitucional, encuentra desarrollo legal en la Ley 4° de 1992, artículo 19, la cual exceptúa de dicha restricción, los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud, siempre y cuando no correspondan a más de ocho horas diarias de trabajo en varias entidades. En ese orden de ideas, indicó que tal excepción cobija a la aquí demandada.

Manifestó que no fue posible realizar cotizaciones en una sola Administradora, como quiera que la aquí accionada, trabajó en jornadas diferentes así, 4 horas en la mañana al servicio de Cajanal y 4 horas en la tarde al servicio del Instituto de Seguros Sociales, cotizando de manera proporcional a cada una de sus empleadoras. Así las cosas, indicó que no existe incompatibilidad pensional.

3. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

La demanda fue presentada para reparto el 07 de julio de 2014 (fl. 92), correspondiendo su conocimiento al Despacho N° 4 de este Tribunal, el cual mediante proveído del 11 de septiembre de 2014 resolvió su inadmisión (fl. 94).

Subsanada la demanda en debida forma (fl. 97), mediante auto del 29 de enero de 2015 se resolvió su admisión y se ordenó notificar su contenido a la señora Gloría Isabel Álvarez Ayala (fl. 100).

La notificación personal de la demanda a la accioanda se surtió el 19 de febrero de 2015 (fl. 138), siendo contestada por la misma y a través de apoderado judicial el 05 de marzo del mismo año (fls. 139 a 150).

En cumplimiento del Acuerdo No. PSAA15-10335 del 29 de abril de 2015, mediante auto del 07 de mayo de 2015, el Despacho No. 4 ordenó el envío del expediente a los despachos 704 y 705 de descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, a lo cual, mediante proveído del 19 de junio de 2015, avocó conocimiento y ordenó dejar el expediente en secretaría, por el término que hiciere falta para contestar la demanda.

El término de traslado de las excepciones propuestas se corrió entre el 6 de agosto de 2015 y el 11 de agosto de 2015 (fl. 161), término dentro del cual el apoderado de la entidad demandante se pronunció frente a las mismas (fls. 162 a 164)

En cumplimiento del acuerdo PSAA11-8408 de 2011, el Despacho No. 6 de esta Corporación, mediante providencia del 16 de marzo de 2016 avocó conocimiento (fls. 167 a 168), posteriormente, a través de auto del 22 de septiembre de 2016, dispuso fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A (fl. 170).

Dicha audiencia tuvo lugar el 6 de octubre de 2016 y en ella se adelantaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación, medidas cautelares y decreto de pruebas (fls. 174 a 180), procediendo a señalar el día 29 de noviembre de 2016, para efectos de realizar la audiencia de pruebas decretadas de oficio, lo cual se hizo en la audiencia de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A (fls. 200 a 202), en la que se incorporaron las pruebas decretadas y se decidió prescindir de

la audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordenando a las partes presentar sus alegaciones por escrito.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandada (Fls. 214 – 217)

Manifestó que el acto administrativo demandado no trasgrede de forma alguna el artículo 128 de la Constitución Política, como quiera que si bien la aquí demandada percibe dos pensiones, las mismas tienen un origen diferente y son pagadas con fondos de naturaleza distinta.

Señaló que la Caja Nacional de Previsión Social, reconoció a la accionada pensión mensual vitalicia de jubilación en virtud del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, esto es, 20 años de servicio prestados al Estado y el status jurídico de pensionada por edad, es decir, 55 años de edad. Por su parte el Instituto de Seguros Sociales reconoció una pensión de vejez teniendo en cuenta los aportes efectuados por el ISS empleador y la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala, durante el tiempo que prestó sus servicios en dicho instituto. Afirmó que dicha prestación fue reconocida inicialmente como una pensión de jubilación pero posteriormente otorgada como pensión de vejez en aplicación de la compatibilidad pensional.

Precisó que la pensión reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, no es una asignación que provenga del tesoro público, como quiera que el sistema de financiación de la entidad cambió desde la entrada en vigencia del Decreto - Ley 1650 de 1977, en tanto que estableció, en su artículo 22, que para los seguros de enfermedad en general, maternidad, vejez y muerte, los empleadores aportarían el 77% de la cotización total y los trabajadores un 33%, lo que significa que, el aporte que realizaba el Estado desapareció.

Finalmente mencionó que conforme a la Ley 4ª de 1992, no existe para el personal asistencial que preste directamente servicios de salud, la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público pues se encuentran facultados legalmente para ello.

4.2. Parte demandante (Fls. 225 – 228)

La apoderada judicial de la entidad demandante presentó alegaciones reiterando los argumentos fácticos y jurídicos presentados en el escrito de la demanda y agregó lo siguiente:

Señaló que el Consejo de Estado en sentencia de 1 de marzo de 2012, indicó en un caso similar, que solo se puede hablar de compatibilidad pensional, en aquellos casos donde el referente para el reconocimiento del derecho, lo constituyen tiempos de servicios prestados en el sector público y privado,

puesto que, si se tratara solo de los primeros, se estaría vulnerando de manera indudable lo dispuesto en el artículo 128 constitucional.

Agregó que en el presente caso no hay lugar a la aplicación del principio de buena fe, como excepción al restablecimiento del derecho solicitado, como quiera que la demandada tenía pleno conocimiento de que no gozaba de la garantía de percibir simultáneamente la pensión de vejez que fue reconocida tanto por el ISS como por CAJANAL y aun así la solicito, ocasionando un grave detrimento al patrimonio público.

4.3. Ministerio Público (Fls. 218 – 224)

Por su parte el Ministerio Público rindió concepto bajo los siguientes argumentos:

Realizó un recuento de los antecedentes del caso, determinó el problema jurídico y efectúo un análisis del medio de control de lesividad y de la naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales.

Afirmó que de las certificaciones y constancias expedidas por la Secretaría de Salud de Boyacá, Cámara de Representantes y Cajanal, se verifica que la demandada fue empleada oficial.

Indicó, conforme al artículo 3 del Decreto 1651 de 1977 y el artículo 4 del Decreto 413 de 1980, que el cargo ostentado por la accionada en el ISS tiene la calidad de funcionario público de la seguridad social y así mismo señaló que de las certificaciones referidas, es dable inferir que se trata de honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.

Manifestó que tanto el artículo 64 de la anterior Constitución, como el artículo 128 de la Constitución Política actual, prohíben la percepción de más de una asignación proveniente del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado y como quiera que la demandada prestó servicios a cuatro entidades oficiales ostentando la condición de empleada oficial y funcionaria de la seguridad social, no es posible el reconocimiento de dos pensiones de jubilación, pues ellas tendrían el carácter de erogaciones provenientes del erario público.

Aseguró que si bien la norma constitucional citada prevé ciertas excepciones consagradas en la ley, ninguna de ellas, se encuentra probada en el presente caso.

Citó el concepto proferido por el Consejo de Estado de 08 de mayo de 2003, en el cual dicha corporación precisó que el sistema busca cubrir y proteger a los habitantes del territorio nacional contra el riesgo de vejez; por lo mismo, una vez cumplidos los requisitos establecidos por la ley para adquirir el derecho a la pensión de vejez, desaparece el riesgo mismo y se transforma

en un derecho pensional con el cual se hace efectiva la protección del riesgo ocurrido. De esta forma, resulta imposible que se pretenda cubrir un riesgo que ya no puede existir, de imposible ocurrencia, pues ya tiene el estatus de pensionado por vejez.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó conceder las súplicas de la demanda en lo referente a la declaratoria de nulidad del acto acusado y negar la pretensión relacionada con la devolución de las sumas que la demandante ha cancelado a la demandada como pago de la pensión, en virtud de que la presunción constitucional de buena fe de que trata el artículo 164 del CPACA, no se desvirtúo para el presente caso.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con la fijación del litigio que se hiciera en la audiencia inicial, la Sala concreta los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Se encuentra afectado de nulidad el acto administrativo contenido en la resolución No. 12417 del 11 de diciembre de 1994 mediante la cual la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, reconoció y ordeno el pago de pensión de jubilación a la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala, en la medida en que el ISS a través de las resoluciones Nos. 453 de 1994 y 7716 de 1996 le reconoció pensión de vejez, incurriéndose en la prohibición contenida en el artículo 128 Constitucional de no percibir dos erogaciones del tesoro público?

- ¿Son compatibles las pensiones reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales y la Caja Nacional de Previsión Social a la demandada GLORIA ISABEL ÁLVAREZ AYALA, a la luz de la Ley 4ª de 1992, Ley 269 de 1996 o alguna otra?

- ¿La prohibición contenida en el artículo 128 de la Carta Superior es absoluta, o permite la aplicación de excepciones?

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

a) Tesis argumentativa de la parte demandante

Indicó que la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala, acreditó ante dos entidades, ISS y Cajanal, tener los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de vejez, cubriéndose una igual contingencia, mediante dos prestaciones económicas, sin que ello sea posible, de acuerdo a lo señalado por el artículo 128 de la Carta Superior.

b) Tesis argumentativa de la parte demandada

Considera que si bien es cierto el artículo 128 superior prohíbe percibir más de una asignación del tesoro público, dicha norma contempla unas excepciones, las cuales se encuentran contempladas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, como la señalada en el literal e) que refiere sobre los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud, sin que puedan corresponder a más de 8 horas diarias de trabajo a varias entidades.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala negará las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la entidad demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto impugnado, ello en atención a que la señora Gloria Isabel Álvarez, en virtud del Decreto 1713 de 1960, le estaba permitido ejercer la labor de odontología de manera simultánea en dos entidades de carácter público.

Dicha autorización legal de percibir doble asignación del erario, conlleva a permitir que igualmente la acá demandada sea beneficiaria de doble pensión, esto por cuanto su reconocimiento fue consecuencia de la labor desempeñada en diferentes entidades.

Es así, como al encontrarse cada una de esas prestaciones liquidadas conforme a los servicios y la remuneración correspondiente que sirvió de base para su reconocimiento, la proporción de cada una es igual a la remuneración obtenida por medio tiempo de labor, es decir que la pensionada no está obteniendo un beneficio económico indebido, sino que por el contrario sumadas las dos pensiones, se entiende que está recibiendo el beneficio conseguido durante su vida laboral.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: ***i)*** del régimen legal aplicable a la pensión de jubilación, ***ii)*** de la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público, ***iii)*** de las pruebas allegadas al proceso, y ***iv)*** caso concreto.

2.- DEL RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Al efecto, debe señalarse que el reconocimiento de prestaciones económicas, especialmente las referidas a la seguridad social en pensión, comportan un derecho de rango constitucional, preceptuado en el artículo 42 de la Constitución Política, interpretado como una prerrogativa fundamental en la medida en que constituye un medio para solventar las necesidades de los ciudadanos que entran en periodo de jubilación.

Al tratarse de una prestación económica reconocida a las personas de la tercera edad, la seguridad social en pensión, adquiere la calidad de derecho

subjetivo, que a la vez, presenta una doble connotación, de una parte **constituye un derecho irrenunciable** en la medida en que con su vulneración se trasgreden o quebrantan, derechos de categoría fundamental; como la salud, mínimo vital, entre otros, y por otra parte es un "servicio público" (artículo 42 de la Constitución Política), que puede ser prestado por entidades públicas o privadas con observancia de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad.

Ahora, en cuanto al régimen legal que resulta aplicable a este tipo de prestación, es preciso remitirse a las siguientes normas, así:

El Decreto No. 3135 de 1968 por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, en su artículo 14 dispuso que la pensión vitalicia de jubilación y vejez estará a cargo de la entidad de previsión social a la cual se halle afiliado el empleado o trabajador.

A su vez, el Decreto 1848 de 1969 por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, en su artículo 81 determina los requisitos para ser beneficiario de la pensión de vejez:

> *"**Artículo 68º.-** Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1o. de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer."*

Luego, la Ley 33 de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público, en su artículo 1° dispuso:

> *"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."*

Por su parte el Decreto 758 de 1990, por el cual se aprueba el Acuerdo 049 de 1º de febrero de 1990, destinado entre otros a los trabajadores del sector privado y a los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales, prescribe en su parte pertinente:

> ***ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.** Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*
>
> *a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
>
> *b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o*

haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Finalmente la Ley 100 de 1993, *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, en el inciso segundo del artículo 36 estableció:

"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley".

3.- DE LA PROHIBICIÓN DE PERCIBIR DOBLE ASIGNACIÓN PROVENIENTE DEL TESORO PÚBLICO.

La Constitución de 1.886 estableció lo siguiente:

"Artículo 64.- Nadie podrá recibir dos sueldos del Tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes."

El Decreto 1713 de 18 de julio de 1960 determinó algunas excepciones a las incompatibilidades establecidas en el artículo 64 de la Constitución de 1886.

"Artículo 1º.- Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación:

a).- Las asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo;

b).- Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos.

c).- Las que provengan de pensión de jubilación y del servicio de cargos públicos, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfruten por el cargo, no exceda de mil doscientos pesos ($1.200.oo) mensuales.

d).- Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfruten los miembros de las Fuerzas Armadas.

Parágrafo- Para los efectos previstos en los ordinales a) y b) del presente Decreto, se entiende por horario normal de trabajo la jornada de ocho (8) horas."

A su turno el Decreto 1848 de 1969[1] advirtió:

[1] Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968 y cuyas normas son aplicables a los empleados públicos nacionales de la rama administrativa del poder público (artículo 7 – 1).

"Artículo 77º.- Incompatibilidades con el goce de la pensión. El disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, cualesquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1a. de 1963."

Por su parte, el Decreto 1042 de 1978[2] dispuso:

"Artículo 32º.- De la prohibición de recibir más de una asignación. De conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional, ningún empleado público podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, ya sea en razón de contrato, de comisión o de honorarios.

Se exceptúan de la prohibición contenida en el presente artículo las asignaciones que a continuación se determinan:

a).- Las que provengan del desempeño de empleos de carácter docente en los establecimientos educativos oficiales, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo.

b).- Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permita el ejercicio regular de tales cargos y que el valor conjunto de lo percibido en uno y otro no exceda la remuneración total de los ministros del despacho.

c).- Las que provengan de pensión de jubilación y del ejercicio de los cargos de ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, viceministro, subjefe de departamento administrativo, superintendente, secretario general de ministerio, departamento administrativo o superintendencia, director general de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado, secretario general de establecimiento público, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata este ordinal, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo percibido en el cargo no exceda la remuneración fijada por la ley para los ministros del despacho.

Posteriormente, el artículo 128 de la Constitución Política señala la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público, en los siguientes términos:

"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

---

[2] **"Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones".**

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas."

Actualmente, tal norma constitucional está desarrollada por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, así:

"Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

"Exceptúanse las siguientes asignaciones:

a). Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa.
b). Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
c). Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
d). Los honorarios percibidos por concepto de hora cátedra;
e). Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
f). Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
g). Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades".

Adicionalmente, la Ley 734 de 2002, en su artículo 35, numeral 14, también consagra como falta disciplinaria, la violación a la prohibición constitucional del artículo 128.

La prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público está directamente relacionada con el hecho de que ambos emolumentos tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos (dos empleos públicos en forma simultánea o pensión de jubilación – proveniente de entidades de previsión del Estado - y sueldo), cuyo pago o remuneración provenga del tesoro público. Lo anterior, sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley.

Debe decirse, de otra parte, que la ley, la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, entendió que la pensión de jubilación pagada por entidades de previsión social del sector público u oficial, provenía o era sufragada con recursos provenientes del tesoro público y, por consiguiente, le estaba prohibido al pensionado de este sector recibir, en forma simultánea, sueldo por servicios al Estado.

Mediante sentencia del 22 de octubre de 2009[3], el Consejo de Estado reiteró su postura, así:

> *"(i) De la compatibilidad pensional*
>
> *Al respecto, establece el artículo 128 de la Constitución Política que:*
>
> *"Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.*
>
> *Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.".*
>
> *Consagra el anterior precepto constitucional la imposibilidad de (I) desempeñar más de un empleo público y (II) percibir más de una asignación que provenga del (a) tesoro público o (b) de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.*
>
> ***Dentro de esta prohibición ha de entenderse no sólo la percepción de más de un "sueldo" que provenga de más de un empleo público, sino la de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, tales como pensiones, entre otros**."* (Destacado por la Sala)

4.- DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

Dentro del proceso reposa el siguiente material probatorio que es relevante para resolver el fondo del asunto:

- Constancias expedidas por la entidad demandante y el Consorcio FOPEP, sobre los valores pagados a la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala (fls. 23 – 32).

- Partida de bautizo y fotocopia de la cedula de ciudadanía de la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala, en las cuales consta que nació el 31 de agosto de 1935 (fls. 37 – 38).

- Al efecto se observa que la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala prestó sus servicios a las entidades y en los tiempos que se relacionan a continuación:

  - Desde el 21 de noviembre de 1963 hasta el 21 de febrero de 1965, en la Secretaria de Salud de Boyacá, no obstante durante ese periodo, gozó de una licencia no remunerada de 60 días desde el 12 de noviembre de 1964 (fl. 41).

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B, sentencia del 22 de octubre de 2009, Exp. Nº 05001233100020010042 3 01. C. P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila.

- Del 20 de agosto de 1964 al 1° de marzo de 1974 desempeñándose como representante en la Cámara de Representantes (fl. 43 - 45).

- Igualmente laboró en la Caja Nacional de Previsión – Seccional Boyacá en los siguientes tiempos: del 1° de abril de 1976 al 10 de mayo de 1979 en una duración de 2 horas diarias y del 11 de mayo de 1979 al 31 de diciembre de 1993 medio tiempo, termino durante el cual se le concedió una licencia no remunerada entre el 1° y el 18 de diciembre de 1981 (fl. 47).

- De igual forma, la demandada laboró medio tiempo al servicio del Instituto de Seguros Sociales – Seccional Boyacá-, desde el 12 de septiembre de 1973 hasta el 29 de enero de 1994, con una interrupción de labores de 127 días (fl. 54).

- Según consta de la copia de la Resolución No. 4947 del 30 de diciembre de 1993, la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala renunció al cargo de odontólogo general en el Instituto de Seguros Sociales – Seccional Boyacá, a partir del 30 de enero de 1994 (fl. 48).

- De otro lado se puede establecer que a través de la Resolución No. 0453 del 7 de marzo de 1994, el Instituto de Seguros Sociales Seccional Boyacá – en su calidad de empleador-, reconoció a la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala una pensión de jubilación, efectiva a partir del 30 de enero de 1994 (fls. 56 - 57).

- De igual forma, mediante la Resolución No. 7716 de 1996, el Instituto de Seguros Sociales Seccional Boyacá – en su calidad de asegurador- reconoció a la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala una pensión de vejez conforme lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, efectiva a partir del 01 de febrero de 1994 (fl. 73).

- Por último, mediante la Resolución No. 12417 del 11 de diciembre de 1994, la Caja Nacional de Previsión Social reconoció a la mencionada señora Gloria Isabel Álvarez Ayala, una pensión de jubilación efectiva a partir del 19 de enero de 1994 (fls. 86 - 89).

5.- CASO CONCRETO

En primer lugar, la Sala debe analizar si resulta viable declarar la nulidad del acto acusado, esto es la Resolución No. 12417 del 11 de diciembre de 1994, en virtud de la cual, la Caja Nacional de Previsión Social, reconoció a la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala una pensión de jubilación conforme lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Lo anterior, como quiera que la parte demandante alega que no resulta viable efectuar el reconocimiento de dos pensiones con cargo al tesoro público y que por tanto, la segunda que fuere reconocida a favor de la demandada, resulta inviable, por haberse concedido otra pensión por parte del Instituto de Seguros Sociales.

Al efecto se observa que tal como lo indica la entidad demandante, en favor de la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala se han reconocido dos mesadas pensionales con la finalidad de cubrir el riesgo de vejez, una otorgada por la Caja Nacional de Previsión Social a través de la Resolución Nº 12417 del 1º de diciembre de 1994, y otra, por el Instituto de Seguros Sociales a través de la Resolución Nº 7716 de 1996.

5.1. Del ejercicio simultaneo de dos cargos

Para obtener el derecho a las mencionadas prestaciones, la señora Gloria Isabel Álvarez, laboró de forma simultánea ejerciendo los cargos de Odontóloga y por otra parte de Representante a la Cámara, según consta en los certificados aportados al expediente, comprendidos de la siguiente forma:

- Desde el 1º de octubre hasta el 16 de octubre de 1973, del 15 de noviembre al 14 de diciembre de 1973 y del 16 de febrero de 1974 al 1º de marzo de 1974[4], en el Instituto de Seguros Sociales y en la Cámara de Representantes, en el cargo de odontólogo y Representante a la Cámara, respectivamente.

- Desde el 1º de abril de 1976 hasta el 31 de diciembre de 1993[5], esto en el Instituto de Seguros Sociales y en la Caja Nacional de Previsión - Seccional Boyacá-, ambos empleos ejerciendo el cargo de Odontólogo.

a). En este punto, es importante hacer una distinción de los cargos ejercidos por la señora Gloria Isabel Álvarez de manera simultánea, por cuanto llama la atención de la Sala la incompatibilidad que existía para la ex funcionaria de percibir doble asignación del tesoro público, en la época que fungió como **Representante a la Cámara**, teniendo en cuenta lo consagrado en la Ley 11 de 1973 y posteriormente, con lo dispuesto en la Constitución Política de 1991, en su Artículo 180, aspecto regulado igualmente en el artículo 282 de la Ley 5ª de 1992.

Conforme a las normas enunciadas, se evidencia que la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala no tenía autorización legal ni constitucional para el desempeño de dos cargos públicos durante el tiempo que ejerció de manera simultánea el cargo de Representante a la Cámara y el de Odontóloga en el Instituto de Seguros Sociales.

[4] Conforme las certificaciones 43 – 45 y 54
[5] Según certificaciones vistas a folios 47 y 54

b). Por otra parte, respecto al cargo de **odontólogo** ejercido en el Instituto de Seguros Sociales y en la Caja Nacional de Previsión - Seccional Boyacá-, es importante hacer referencia a la excepción traída por el literal b) del artículo 1° del Decreto 1713 de 18 de julio de 1960[6], el cual refiere que serán compatibles las asignaciones que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos.

Posteriormente, fue expedida la Ley 269 de 1996[7], en la cual se mantuvo dicha excepción, al permitir que el personal asistencial que presta directamente servicios de salud tuviera la posibilidad de desempeñar más de un empleo público. Al respecto indicó:

> *"ARTÍCULO 1o. CAMPO DE APLICACIÓN. La presente Ley se aplica a todo el personal de salud que cumpla en forma directa funciones de carácter asistencial en entidades prestadoras de servicios de salud, sin perjuicio del sistema de salud que se rija.*
>
> *ARTÍCULO 2o. GARANTÍA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD. Corresponde al Estado garantizar la atención en salud como un servicio público esencial, y en tal carácter el acceso permanente de todas las personas a dicho servicio, razón por la cual* ***el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público.***
>
> ***La jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podrá ser máximo de doce horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera sea la modalidad de su vinculación.***" (Subrayado y negrilla por fuera del texto).

En la sentencia C-206 de 2003[8] la Corte Constitucional se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo, por ineptitud de la demanda, dentro del juicio de inconstitucionalidad contra el artículo 2° (parcial) de la Ley 269 de 1996. En uno de los apartes de la decisión se precisó el alcance y ámbito de aplicación de la referida norma, así:

> *"Es pues evidente que la ley se refiere a la regulación de una de las excepciones a la prohibición constitucional para desempeñar más de un empleo público y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Por tanto, normas como la aquí demandada se ocupan de establecer las excepciones a la prohibición del artículo 128 constitucional, y por ello no regulan en general la jornada laboral del personal asistencial que labora en instituciones públicas sino exclusivamente de aquellos que desempeñen más de un empleo en entidades de derecho público.*

---

[6] Regula las excepciones a las incompatibilidades establecidas en el artículo 64 de la Constitución de 1886

[7] "Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público".

[8] Sentencia de 11 de marzo de 2003, Expediente D-4227, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2° (parcial) de la Ley 269 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

La ley 269 de 1996 se basa en la necesidad de garantizar el servicio de salud de manera permanente. ***Por eso fue permitido por el Congreso que el personal asistencial tuviera la posibilidad excepcional de desempeñar más de un empleo público****. El legislador consideró entonces necesario dar un tratamiento distinto al personal que presta servicios asistenciales cuando amplió la jornada laboral para personas con doble empleo, pero la mantuvo dentro de un límite. (...)*

Esta disposición flexibiliza entonces las condiciones laborales del personal asistencial que presta servicios de salud en las entidades de derecho público, al permitir más de una vinculación con el sector oficial, mientras no exista cruce de horarios, a fin de garantizar el acceso permanente al servicio público de salud*. (...)*

En tal contexto, el legislador impuso un límite de horas a fin de proteger a los empleados del sector salud para que su doble vinculación no significara una jornada laboral que pudiese arriesgar su salud o la de los pacientes". (Subrayado y negrilla por fuera del texto).

Como queda visto, la prohibición de percibir doble asignación del Tesoro Público ha existido desde la Constitución Política de 1886 y fue reiterada por la Carta de 1991, esta última norma además señaló que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público.

De igual manera el marco normativo expuesto evidencia que, por autorización del propio Constituyente, la Ley ha establecido excepciones a la referida prohibición, teniendo en cuenta que en vigencia de la Constitución de 1.886, dichas excepciones se encontraban contenidas en el Decreto 1713 de 18 de julio de 1960 y bajo el régimen de la Constitución Política de 1991, están contenidas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 y, para el caso específico del personal asistencial que presta servicios de salud, en el artículo 2° de la Ley 269 de 1996, norma que les permite desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público.

Conforme al marco jurídico antes citado, es claro que la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala en el ejercicio de la profesión de odontóloga, estaba exceptuada de la prohibición general de desempeñar más de un empleo público y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, contenida en los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la Carta Política de 1991, por las siguientes razones:

(i) Se trataba de un profesional con título universitario que podía ejercer hasta dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permitiera el ejercicio regular de tales cargos[9]

(ii) Se trataba de un funcionario perteneciente al personal asistencial que presta servicios de salud y que por autorización expresa del

[9] De acuerdo a la excepción consagrada en el literal b) del artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, norma que sustituyó al literal b) del artículo 1° del Decreto 1713 de 1960.

Legislador podía desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público[10]

(iii) La jornada laboral de la demandada no excedía 12 horas diarias, los dos cargos públicos que ostentaba los ejerció por medio tiempo.

Conforme lo anotado, la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala, aunque esto no es materia de discusión en el presente proceso, al desempeñar los cargos no incurrió en la incompatibilidad de percibir doble asignación del erario no sólo por ser profesional de la salud (odontólogo) sino porque los ejerció por medio tiempo.

5.2. Simultaneidad de pensiones

En desarrollo del problema jurídico propuesto, considera la Sala importante hacer mención que los tiempos laborados y tenidos en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones en favor de la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala, fueron diferentes, no obstante algunos fueron de manera simultánea por haberse laborado medio tiempo, al efecto se tiene que:

- Para la pensión de vejez otorgada por la Caja Nacional de Previsión Social a través de la Resolución Nº 12417 del 1º de diciembre de 1994, la demandada acreditó un total de 20 años, 10 meses y 15 días, laborados[11] en el Congreso de la República y la Caja Nacional de Previsión Social, para lo cual en la última entidad mencionada se tuvo en cuenta una cotización por una jornada de 2 horas diarias y posterior de 4 horas.

- Respecto a la pensión reconocida por el Instituto de Seguros Sociales mediante la Resolución Nº 0453 de 1994, se tuvo en cuenta 20 años y 11 días de aportes como empleada de la misma entidad en la Seccional Boyacá, por un tiempo laborado de 4 horas diarias.

Al respecto, el artículo 21 del Decreto 1042 de 1978, define que **se entiende por empleos de medio tiempo los que tienen una jornada diaria inferior a 4 horas cuya remuneración se efectuara en forma proporcional al tiempo laborado**; norma que pese a su derogatoria tácita ocurrida con la expedición de la Ley 4ª de 1992, se encuentra vigente en cuanto a la regulación de la jornada parcial se refiere.

De conformidad con lo anterior, precisa la Sala que el empleo público puede ser también de medio tiempo y además, como se anotó en líneas que anteceden, en la prestación de servicios de salud por disposición expresa del Decreto 1713 de 18 de julio de 1960 y posteriormente ratificada con la Ley 269

[10] De acuerdo a la excepción contenida en el artículo 2° de la Ley 269 de 1996.
[11] Cajanal EICE mediante Resolución No. 12417de 1994, desestima el tiempo de servicio a la Secretaria de Salud de Boyacá, por haber sido objetado ese periodo.

de 1996, se admite la flexibilización de los horarios a fin de garantizar la atención en salud como servicio público esencial.

Como ya se indicó, la demandada cuenta con un tiempo de aportes para pensión en entidades diferentes, razón por la cual fue acreedora para obtener una segunda pensión, por haber ejercido labores por medios tiempos en entidades públicas.

Sobre el tema la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia de 29 de agosto de 1996[12], sostuvo:

> *"Resulta discutible que la apoderada de la actora planteara en la demanda la compatibilidad de la pensión solicitada con la pensión de jubilación Municipal disfrutada, por considerar que ésta era el resultado de media jornada de labor, y dejara de adjuntar o pedir que se allegara documento o copia de la resolución No. 71 de 28 de marzo de 1972 del Municipio de Medellín con el objeto de probar que el Municipio le había conferido la pensión por concepto de una jornada laboral de medio tiempo, pues esta Corporación ha admitido la posibilidad de que un profesional con título universitario que viene trabajando simultáneamente en dos cargos de medio tiempo cada uno, pueda obtener dos pensiones de jubilación, pues en realidad cada una de ellas representa la mitad de una pensión de jubilación, respecto de quien se jubila con base en una jornada laboral completa.*
>
> *Dijo la Sala en fallo de 29 de agosto de 1990, EXP. 394 con ponencia del Dr. Joaquín Barreto Ruiz:*
>
> > *"La Sala entiende, con apoyo en la normatividad del artículo 1° del Decreto 1713 de 1960, que si un profesional con título universitario viene laborando simultáneamente en dos cargos de medio tiempo cada uno, cuando se pensiona con base en los servicios y la remuneración correspondiente a uno solo de ellos, la cuantía de la prestación es determinada con base en dicha remuneración; vale decir, es "media pensión", caso en el cual es compatible con el ejercicio del otro cargo de medio tiempo; pues si el literal b) de aquella disposición permite que los profesionales con título universitario desempeñen simultáneamente dos empleos de medio tiempo, resulta lógico que se acepte la compatibilidad entre la pensión causada en tales circunstancias y el desempeño del otro empleo de medio tiempo.*
> >
> > ***Absurdo sería condenar a quien está en tal situación, a satisfacer sus necesidades personales y familiares con menos de la mitad de sus ingresos habituales, so pretexto de una aplicación literal y exegética de la norma.".***
>
> *Si, como se ha dicho, de acuerdo con la norma citada el accionante podía legalmente recibir las asignaciones correspondientes al ejercicio simultáneo de los dos cargos que ocupaba, mal puede considerarse que le estaba vedado percibir, a la vez, la pensión de jubilación que obtuvo en razón del desempeño de uno de esos cargos de medio tiempo, y el salario que se le pagaba por ejercer otro cargo, también de media jornada; pues* ***si la ley autoriza el ejercicio simultáneo de dos cargos públicos y la percepción de dos asignaciones provenientes del tesoro o de entidades en que el Estado tenga parte principal, lógico es, que la persona que esté en tales circunstancias, tenga***

[12] Expediente No. 7474, Magistrado Ponente Dr. Javier Díaz Bueno.

derecho a gozar de los beneficios que de tal ejercicio, por demás licito, se derivan para él."

Conforme lo anterior, el Despacho reafirma que la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala tenía autorización legal para el desempeño de dos cargos públicos y la percepción de dos asignaciones provenientes del tesoro público, ello en el ejercicio de la profesión de odontóloga, lo que necesariamente debe conllevar a la posibilidad de disfrutar de los beneficios que se generan como consecuencia de dicha potestad, esto es, el derecho de percibir doble pensión.

Ahora bien, partiendo de la anterior premisa se efectuará la sumatoria de los tiempos laborados por la demandada durante su historia de vinculación, teniendo en cuenta los períodos de servicio prestado como medias jornadas en forma simultánea, ello para dar mayor claridad al respecto.

Empleador	Periodo Cotizado (AA/MM/DD)	Jornada	Total laborado (AA/MM/DD)	Entidad de Pensión
ISS – Seccional Boyacá	1973/09/12 al 1994/01/29 (Licencia de 127 días)	4 horas	20/00/11	ISS
Congreso de la República	1964/07/20 al 1973/12/20	8 horas	04/08/20	Cajanal
Caja Nacional de Previsión Social	1976/04/11 al 1979/05/10	2 horas	01/06/20	Cajanal
Caja Nacional de Previsión Social	1979/05/11 al 1993/12/31 (Licencia de 18 días)	4 horas	14/07/02	Cajanal

Es así como para el reconocimiento de las pensiones, la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala, laboró de manera simultánea para dos entidades públicas durante 17 años, 8 meses y 20 días, esto es por las labores ejercidas en el Instituto de Seguros Sociales y la Caja Nacional de Previsión Social, en el periodo comprendido entre el 11 de abril de 1976 y el 31 de diciembre de 1993.

En este contexto, advierte la Sala que resultaba viable el doble reconocimiento pensional a favor de la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala, por cuanto tal situación es consecuencia del ejercicio de una profesión que presta servicios de salud, además se prestó en dos entidades de medio tiempo cada uno.

Por lo tanto, considera la Sala que sumadas las dos mesadas pensionales reconocidas a la demandada, representan en sí, la mesada como si se hubiese pensionado con base en una jornada laboral completa.

Es así, como al estar la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala autorizada para recibir legalmente dos asignaciones correspondientes al ejercicio simultáneo de los cargos que ocupaba, mal puede considerarse que le está vedado percibir, a la vez, dos pensiones que cubran el mismo riesgo, es decir, que al haberse desempeñado simultáneamente en dos cargos de medio tiempo, esto la faculta para recibir dos beneficios pensionales al mismo tiempo, esto es la pensión de jubilación reconocida por la acá demandante y la pensión de vejez reconocida por el ISS.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala concluye que los derechos pensionales adquiridos por la señora Gloria Isabel Álvarez de Ayala se encuentran a salvo por virtud del Decreto 1713 de 18 de julio de 1960, el cual permitía percibir doble asignación del erario en ejercicio de la odontología por medio tiempo cada uno, máxime cuando su situación pensional quedo definida antes de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, se tiene que el acto administrativo impugnado, expedido por la extinta Caja Nacional de Previsión Social EICE y demandado por su sucesora procesal, no vulnera las normas por ella invocadas como conculcadas, lo que lleva a la Sala indefectiblemente a sostener que la presunción de legalidad del mismo no ha sido desvirtuada, por lo cual se impone negar las pretensiones de la demanda.

6.- COSTAS

En cuanto a las **costas en primera instancia,** se condenará a la parte demandante, por resultar vencida en el proceso, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la parte demandada ejerció diversas actuaciones en la primera instancia. Por tanto, **se condenará a la parte vencida al pago de las mismas** en un porcentaje del 5% de las pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2013.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NIÉGUESE las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la Unidad de Gestión Pensional y

Parafiscales-UGPP contra la señora Gloria Isabel Álvarez Ayala, conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: **CONDÉNESE** en costas en esta instancia a la parte demandante, en un 5% del valor de las pretensiones, de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura por encontrarse probadas.

TERCERO: En firme la presente providencia, **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP
Accionado: Gloria Isabel Álvarez Ayala
Expediente: 15001233300020140039 5-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	JOSÉ VICENTE MARIÑO BECERRA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SÁCHICA
REFERENCIA:	150012333000**201500398**-00 (acumulado con 150013333006**201400044**-01)
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Revisado el expediente, se observa que mediante auto calendado del 10 de noviembre de 2017 (f. 456) se dispuso poner en conocimiento de la parte demandada el escrito allegado el 27 de octubre de 2017 por el perito EDISON DUVAN ARIAS BOHÓRQUEZ -designado por la sociedad ADAJUP BOY-CAS S.A.S.-, para que dentro de los 5 días siguientes a la notificación por estado de la referida providencia se pronunciara al respecto; no obstante, dentro de la mentada oportunidad no hubo manifestación alguna.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que esta actuación es necesaria para adelantar el trámite de la prueba pericial, se requerirá a la parte demandada para que se pronuncie dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la presente providencia, so pena de las consecuencias previstas en el artículo 178 del CPACA.

Por otra parte, por medio de escrito radicado el 15 de enero de 2018 (ff. 459-480) la apoderada de la entidad accionada, con el fin de que fuera decretada por el Despacho como prueba de oficio, aportó copia del auto de calificación del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá de la Contraloría General de la República, entre otros, en contra del acá demandante por hechos relacionados con los que originan el presente medio de control. Sin embargo, el Despacho no incorporará como elemento probatorio el referido documento no solo porque esta no es la oportunidad legal para ello, sino también en razón a que esa decisión es meramente provisional y no una declaración definitiva y ejecutoriada de la existencia o ausencia de responsabilidad fiscal del accionante.

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado,

RESUELVE:

PRIMERO: REQUERIR a la **parte demandada** para que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente providencia, se pronuncie sobre el escrito allegado el 27 de octubre de 2017 por el perito EDISON DUVAN ARIAS BOHÓRQUEZ -designado por la sociedad ADAJUP BOY-CAS S.A.S.-, so pena de las consecuencias previstas en el artículo 178 del CPACA.

SEGUNDO: ABSTENERSE de incorporar como prueba el documento allegado por la parte demandada el 15 de enero de 2018, por las razones expuestas en la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOYACÁ

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE
NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO

Nº 11 DE HOY
A LAS 8:00 A.M.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

ACCIONANTE:	ROSALBA VILLAMIL VARGAS
ACCIONADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
REFERENCIA:	150012333000-**2015-00541**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo a resolver sobre la concesión de los recursos de apelación, y teniendo en cuenta que la Sentencia de fecha 04 de abril de 2017, es de carácter condenatoria y que contra ésta se interpuso recurso de apelación por las partes en litigio, de conformidad con el inciso 4° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, se procederá a fijar fecha para la realización de la audiencia de conciliación.

Así las cosas, se fija el día **MARTES TRECE (13) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS DOS Y TREINTA DE LA TARDE (2:30 P.M.)**, para realizar la referida audiencia.

Por lo anteriormente expuesto se,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- FIJAR el día **MARTES TRECE (13) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS DOS Y TREINTA DE LA TARDE (2:30 P.M.)**, a fin de celebrar la Audiencia de conciliación de que trata el Inc. 4° del artículo 192 del CPACA.

Para los apoderados judiciales de los diferentes sujetos procesales, la asistencia a la mencionada Audiencia es de carácter obligatorio, so pena de declararse desierto el recurso interpuesto, en los términos previstos en la Ley 1395 de 2010.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 11 De Hoy ---------- 2016
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

ACCIONANTE:	JUSTINA FUGUEROA ARGUELLES
ACCIONADO:	UGPP
REFERENCIA:	150012333000201500570-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ingresa el expediente al Despacho con informe secretarial (fl. 338), señalando que se corrió traslado del escrito de subsanación ordenado en la audiencia inicial realizada el 21 de noviembre de 2017, como medida de saneamiento.

Así las cosas, se fija el día **MARTES TRECE (13) DE FEBRERO DE DOS MIL OCHO (2018), A LAS OCHO Y TREINTA DE LA MAÑANA (8:30 A.M.)**, para realizar la referida audiencia.

Por lo anteriormente expuesto se

R E S U E L V E:

FIJAR el día **MARTES TRECE (13) DE FEBRERO DE DOS MIL OCHO (2018), A LAS OCHO Y TREINTA DE LA MAÑANA (8:30 A.M.)**, para realizar la audiencia inicial conforme con al artículo 180 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 11 De Hoy 26 ENE 2018
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, **25 ENE. 2018**

ACCIONANTE:	CONSORCIO CR INGENIERÍA
ACCIONADO:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
REFERENCIA:	11500123330002016006 7100
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
TEMA:	INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO
ASUNTO	REQUERIMIENTO A PERITO

Ingresa el expediente de la referencia por solicitud presentada por el señor Aniceto Saboya Vargas, en calidad de perito (fl. 349), en el que expone que si bien asumió el encargo de presentar el dictamen pericial decretado dentro del proceso, debe reconocer que no tiene la experiencia suficiente para presentar justificación técnica de sus puntos de vista, y por tanto, prefiere renunciar a actuar como perito.

Sería del caso resolver sobre el pedimento allegado al plenario, no obstante, el escrito precitado, no contiene firma, y este Despacho carece de otros elementos que den certeza acerca de su autor, siendo necesario entonces, se le requerirá para que ratifique el memorial presentado.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

Por Secretaria comuníquesele al señor **Aniceto de Jesús Saboya Vargas**, identificado con CC No. 6.748.325, en calidad de perito dentro del proceso de la referencia, que se le concede un término de cinco (5) días hábiles para que ratifique el memorial radicado el 5 de diciembre de 2017, habida cuenta que ante la ausencia de firma no hay certeza de su autoría.

Notifíquese y Cúmplase.

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICADO POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2018
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	PEDRO SIMÓN VARGAS SÁENZ
DEMANDADO:	CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - GERENCIA DEPARTAMENTAL DE BOYACÁ
REFERENCIA:	150012333000**201600884**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Verificado el expediente, se observa que tanto Asonal Judicial (f. 220) como el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá (f. 222) contestaron los requerimientos que les fueron efectuados en virtud de la orden impartida en la diligencia llevada a cabo el 23 de noviembre de 2017 (ff. 210-211). Por lo tanto, se fijará como fecha para la reanudar la Audiencia Inicial el **27 de febrero de 2018 a las 8:30 a.m.**, poniendo en conocimiento de las partes que los documentos señalados quedarán en la Secretaría de esta Corporación a su disposición hasta ese momento.

Asimismo, se dispondrá que por Secretaría se cite a la Dra. MARYA PATRICIA TÁMARA PINZÓN para que comparezca en la referida calenda para rendir testimonio, conforme fue dispuesto en la diligencia en mención.

Por lo anteriormente expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: FIJAR el día **27 DE FEBRERO DE 2018 A LAS 8:30 A.M.** a fin de reanudar la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, para lo cual se requiere a las partes para que se presenten con 15 minutos de antelación a la hora programada para la audiencia.

SEGUNDO: PONER EN CONOCIMIENTO de las partes que los documentos remitidos por Asonal Judicial y el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá quedarán en la Secretaría de esta Corporación a su disposición hasta el momento de la audiencia fijada en el numeral anterior.

TERCERO: Por Secretaría, **CÍTESE** a la Dra. MARYA PATRICIA TÁMARA PINZÓN para que comparezca a la audiencia fijada en esta providencia en calidad de testigo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOYACÁ

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE
NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO

N° 21 DE HOY _____
A LAS 8:00 A.M.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja,

Acción : **Validez de Acuerdo Municipal**
Demandante : **Departamento de Boyacá**
Demandado : **Municipio de Tasco**
Expediente : **15001-23-33-000-2017-00158-00**

Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala de Decisión No. 2 de la Corporación a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el Departamento de Boyacá en contra de la validez del Acuerdo No. 01 del 2017, "*Por medio del cual se adopta el Estatuto Tributario del Municipio de Tasco Boyacá*".

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor que por esta Corporación se declare la invalidez del Acuerdo 01 del 2017, expedido por el Concejo Municipal de Tasco.

Igualmente, solicita que se emita pronunciamiento frente a la situación planteada y a la actuación que debe surtir posteriormente el funcionario competente del municipio, ante lo expuesto en el concepto de violación.

II. HECHOS

El Concejo Municipal de Tasco expidió el Acuerdo Municipal No. 01 del 2017, el cual radicado en la Dirección Jurídica del Departamento (f. 10).

Al realizar la revisión jurídica ordenada en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, el Gobernador de Boyacá observa que el acto objeto de esta demanda es contrario a la Ley.

Estima como normas violadas el artículo 338 de la Constitución Política de Colombia.

Para explicar el concepto de violación, tomando como referente la normatividad invocada, manifiesta que el acuerdo objeto de revisión proferido por el Concejo Municipal de Tasco desconoce la norma antes descrita, por las siguientes razones:

El demandante aduce que *"El artículo 338 de la Constitución Política es puntual al exponer que los acuerdos que regulen contribuciones cuya base sea producto de hechos ocurridos en un periodo determinado, solo pueden aplicarse* ***a partir del periodo siguiente a iniciar la vigencia de la respectiva ley****,... observándose que el Concejo Municipal establece la vigencia en la cual empieza a regir y el periodo de aplicación en el mismo tiempo".*

III. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja (f. 4), fue inadmitida por el despacho (fl. 200) y admitida (fl. 210), sometiéndola a las ritualidades propias del proceso previstas en el artículo 151 del C.P.A.C.A. y en el Decreto 1333 de 1986.

2. Dentro del término de fijación en lista (fl.237), se pronunciaron el Municipio de Tasco (f. 218) y el Concejo Municipal (f. 231).

El **municipio de Tasco**, a través de apoderado, manifiesta que frente a los tributos se han establecido varias clasificaciones, entre ellas una que atiende al momento de causación de los mismos y en la que se encuentran dos categorías i) impuestos de periodo (son aquellos que requieren del lapso de cierto tiempo

a efecto de que se dé su causación) e ii) impuestos instantáneos (agrupan los gravámenes que se generan en el momento en el cual tiene génesis el hecho generador, y por ello reciben la denominación).

Infiere que en el inciso final del artículo 338 Constitucional se establece la restricción de aplicar inmediatamente una norma en materia tributaria, siempre que el tributo sea catalogado como de periodo, no pasando lo mismo frente a los impuestos instantáneos, "*...puesto que se tiene que en el primer evento, los elementos de los tributos están dados por una norma para un periodo de tiempo determinado y claramente la modificación de algún elemento afectaría el curso normal fijado en una norma previa, mientras que en el segundo caso nada de ello ocurriría, puesto que se trata de un impuesto que tiene causación instantánea, es decir es independiente de algún evento anterior y por ello no puede señalarse que la expedición de una norma que modifique alguno de sus elementos genere una situación nueva al contribuyente frente al impuesto...*".

No obstante, afirma en relación con la citada teoría, que la misma ha tenido variaciones, ya que se ha determinado que es posible hacer modificaciones a los impuestos de periodo, permitiendo que la norma que los modifica entre en vigencia inmediatamente se expida, siempre que se estructure una situación más favorable para los sujetos pasivos de los mismos, lo que resulta válido y ajustado a los principios constitucionales.

En consecuencia, manifiesta que el Estatuto Tributario adoptado por el municipio de Tasco estableció condiciones más favorables para los contribuyentes y es respetuoso de los principios fundantes de la normativa tributaria, tales como el de equidad y progresividad.

El Concejo Municipal de Tasco, a través de su presidente (f. 231), dice que lo que se pretende con la entrada en vigencia inmediata del Estatuto Tributario del Municipio de Tasco, es brindar mayor confianza y seguridad jurídica, con el fin de evitar que el legislador modifique los elementos de los tributos,

incluyendo tarifas más altas al final del año, haciendo más gravosa la situación de los contribuyentes.

Menciona que el estatuto aprobado no perjudica a los contribuyentes, aun cuando en el 2015 se incrementaron las tarifas del impuesto predial del 4% al 8%, en promedio, en donde además se estipuló que cuando se realizare un cambio de tarifa al año siguiente el valor a pagar del impuesto no puede superar el 25% del incremento. Condición que se mantiene en el actual estatuto aprobado, garantizando el derecho a la igualdad de los contribuyentes y respetando el principio de progresividad.

Igualmente manifiesta que en otros impuestos se mantuvieron las mismas tarifas del periodo anterior.

Finalmente considera que no se ha vulnerado el artículo 338 de la Constitución Política.

3. Concepto del Procurador 122 Judicial II para Asuntos Administrativos:

Sostiene que no existe violación alguna al artículo 338 de la Constitución Política por parte del acto administrativo acusado, respecto de la vigencia de los impuestos de ejecución instantánea contenidos en el Estatuto Tributario del Municipio de Tasco (art. 760), ya que en virtud de su propia naturaleza, éstos pueden entrar a regir a partir de su publicación.

Respecto de la presunta violación de la citada disposición superior por parte del acto administrativo demandado, en relación con la vigencia de los impuestos de periodo contenidos en el estatuto tributario del municipio de Tasco, asegura que "*...resulta imperioso establecer probatoriamente cuáles son en su totalidad y si respecto de cada uno de ellos se puede determinar que*

son el resultado de la aplicación del principio de favorabilidad tributaria del sujeto pasivo del gravamen".

5. Mediante providencia del 11 de mayo de 2017 (fl. 244), se abrió el proceso a pruebas, tomándose con todo su valor probatorio los documentos aportados con el escrito demandatorio y sus contestaciones. Además se solicitó la práctica de las pruebas solicitadas por el Procurador 122 Judicial II para Asuntos Administrativos, para lo cual se dio un término no superior a 10 días, para que fuesen allegadas al expediente y posteriormente pasara al despacho para fallo.

Se decide, previas estas,

IV- CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala examinar si existe violación del artículo 338 de la Constitución Política, por parte del Concejo Municipal de Tasco al expedir el Acuerdo No. 01 de 2017 "*POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO TRIBUTARIO DEL MUNICIPIO DE TASCO BOYACÁ*", en particular su artículo 760 que se refiere a la entrada en vigencia inmediata; por cuanto el departamento de Boyacá considera que se vulnera la citada norma superior según la cual los acuerdos que regulen contribuciones cuya base sea producto de hechos ocurridos en un periodo determinado, solo pueden aplicarse a partir del periodo siguiente a iniciar la vigencia de la respectiva ley.

2. Cuestión previa: – De los Límites del estudio del Juez en sede de validez

Tratándose de una solicitud como la que ocupa esta petición, los límites de la decisión están determinados por el solicitante y de manera concreta por las razones de derecho de la solicitud de invalidez. Se plantea pues para el Tribunal la imposibilidad de un examen general de legalidad, en efecto, cuando, en ejercicio del control de legalidad o constitucionalidad, el Tribunal revisa un acuerdo objetado por el Gobernador, el estudio que corresponde a la Corporación Judicial se limita a las razones expuestas en la solicitud de invalidez, frente a los preceptos constitucionales o legales por él invocados y con los cuales **se hace la confrontación**. El examen se contrae a los **aspectos que han sido materia de inconformidad explícita**.

No corresponde en este procedimiento un análisis total, que agote las referencias a **la integridad de los preceptos constitucionales y/o legales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio**. Es necesario pues, establecer con toda claridad cuáles son los reproches del ejecutivo atendiendo **exclusivamente aquellos aspectos a los que se contrajo el escrito de invalidez presentado por el Gobernador del Departamento**, es este análisis y ningún otro el que permite determinar si la solicitud de invalidez puede ser acogida total o parcialmente.

Sobre este aspecto, resultan aplicables las consideraciones de la Corte Constitucional expuestas en la Sentencia C-1036 de 2003, dijo:

> "(...) Según constante jurisprudencia[1], el examen que realiza la Corte de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República, ante la insistencia del Congreso, por infringir la Constitución Política, **se restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia**, aspectos que son los

[1] Sentencias C-176, C-482, C-913, C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997, entre otras.

que limitan el alcance la cosa juzgada constitucional (...)" Resaltado fuera de texto.

Y en la Sentencia C- 256 de 1997 precisó "*(...) Considera la Corte que cuando, en ejercicio del control previo de constitucionalidad, ella revisa un determinado proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, el examen que efectúa hace tránsito a cosa juzgada constitucional. No obstante, como las objeciones presidenciales no siempre recaen sobre la totalidad de las normas integrantes del proyecto y, si son de carácter formal, señalan apenas unos específicos motivos de violación de la Carta,* ***los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte. Por tanto, la cosa juzgada es en tales casos relativa****, pues la exequibilidad que se declara no proviene normalmente de un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio.*" Resaltado fuera de texto.

En el artículo 120 del Decreto 1333 de 1986 se consagra que el Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga "*...los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). El mismo día en que el Gobernador remita el Acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcalde, personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso".*

En el CPACA en el artículo 162 se indica el contenido que debe tener una demanda, resaltándose para el caso particular los numerales 2 a 5:

> "2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.
>
> 3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
>
> 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse **las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.**
>
> 5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder" (subrayado y negrilla fuera de texto).

Conforme a la doctrina constitucional, las razones contenidas en el **concepto de la violación** deben ser claras, ciertas específicas, pertinentes y suficientes. Así pues, la Corte Constitucional en las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad exige los requisitos contenidos en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, es decir (i) el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su trascripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; (ii) el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; (iii) **las razones por las cuales dichos textos se estiman violados**; (iv) cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

De otra parte, acerca del re**quisito relativo de que se expongan las razones por las cuales los textos constitucionales se consideran violados**, la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha insistido en la necesidad que las demandas de inconstitucionalidad sujetas a estudio, cuenten con **verdaderos cargos contra las normas acusadas.**

Es decir, para que realmente exista en la demanda una imputación o un cargo de inconstitucionalidad, es indispensable que estos permitan efectuar a la Corte Constitucional una verdadera confrontación entre la norma acusada, **los argumentos expuestos por el demandante** y la disposición constitucional supuestamente vulnerada.

En este orden de ideas, la Corte ha entendido que los cargos de inconstitucionalidad deben ser **claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes**.

Pues bien, los cargos serán **claros** si permiten comprender el concepto de violación que se pretende alegar. Para que dicha comprensión se presente por parte del juez de constitucionalidad, no solo es forzoso que la argumentación tenga un hilo conductor, sino que quien la lea distinga con facilidad las ideas expuestas, las razones esbozadas, que los razonamientos sean sencillamente comprensibles. Para esto, es necesario que la argumentación del actor constitucional se desenvuelva de una manera lógica, coherente y congruente, de tal manera que no presente confusión, o ambigüedad.

En cuanto a la **certeza**, los cargos gozarán de esta en dos aspectos diferentes: i) en primer lugar, siempre y cuando las acusaciones se realicen respecto de una proposición jurídica presente en el ordenamiento jurídico,

y ataquen la norma acusada y no otra no mencionada en la demanda; ii) en segundo lugar, serán ciertos los cargos elevados, siempre y cuando ellos no constituyan inferencias o consecuencias subjetivas derivadas por el actor respecto de las disposiciones demandadas, al extraer de éstas efectos o implicaciones jurídicas que las normas no contemplen objetivamente dentro de su ámbito normativo. En este sentido, los cargos serán ciertos si las proposiciones jurídicas acusadas devienen objetivamente del "texto normativo". Así las cosas, los supuestos, las conjeturas, las presunciones, las sospechas y las creencias del demandante respecto de la norma demandada no podrán constituir un cargo cierto.

La **especificidad** como parámetro de los cargos y razonamientos de la demanda, exige que éstos deban mostrar sencillamente una acusación de inconstitucionalidad de manera concreta contra la disposición atacada. Así las cosas, los cargos de inconstitucionalidad deben dirigirse mediante acusaciones concretas directamente contra la norma demandada y no pueden sustentarse en exposiciones vagas, indeterminadas, indirectas, abstractas y globales, que en cuanto tales, no permitan directamente realizar un juicio de constitucionalidad. En resumen, este parámetro pretende que el cargo realizado sea efectivamente de inconstitucionalidad y que sus fundamentos sean específicos, determinados, concretos, precisos y particulares en relación a la norma acusada.

En igual forma, los cargos deben ser **pertinentes**. A parte de que los cargos no pueden ser confusos, inciertos, **vagos, abstractos e indeterminados**, es necesario que éstos efectiva y realmente ostenten una naturaleza constitucional. Esto significa, (i) de un lado, que los cargos contrapongan normas de inferior categoría a las normas constitucionales; (ii) de otro lado, que los razonamientos que se esbocen sean de orden constitucional, esto es, respecto de la vulneración del contenido normativo

de las normas de superior jerarquía. Por esta razón, no podrán ser aceptados cargos basados en argumentos legales, doctrinarios, políticos, concepciones del bien, contextuales o de conveniencia. De igual manera, no aparejan pertinencia aquellos cargos que pretenden sustentar la inconstitucionalidad de la norma acusada en relación con su aplicación práctica, o que tenga relación con situaciones de hecho, y que se base por tanto en ejemplos, acaecimientos particulares, hechos personales, vivencias propias, sucesos y ocurrencias reales o imaginarias, en las que hipotéticamente se aplicó o será aplicada la norma demandada.

Finalmente, los cargos deben ser **suficiente**s. La suficiencia de los cargos de constitucionalidad hace referencia a que la carga argumentativa que recae sobre el actor, debe desarrollarse de una forma mínima y proporcional al objetivo de demostrar la inconstitucionalidad del enunciado normativo demandado. De esta manera, se deben exponer razonamientos lo bastante fundados para que pueda pretender desvirtuar la presunción de constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico, presunción de corrección frente al texto constitucional que se deriva del principio democrático y de las reglas formales y sustanciales del procedimiento democrático de producción de normas y por tanto amerite el adelantamiento de un estudio de constitucionalidad.

El cumplimiento de los anteriores requisitos aseguran entonces que los cargos presentados en la demanda "*despierten una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional*"[2]. Cuando estos requisitos no se cumplen, la Corte Constitucional ha estimado que existe ineptitud sustantiva de la demanda por inexistencia de cargos de

constitucionalidad, y la Corte no puede entrar a pronunciarse de fondo respecto del litigio constitucional planteado.

3. El presupuesto de rentas y recursos de capital de las entidades territoriales y el cálculo de las rentas.

El artículo 266 del Decreto 1333 de 1986 "*Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal*" dispone que "*en el primer día de las sesiones ordinarias del mes de noviembre, el Alcalde presentará al Concejo el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia próxima. El acuerdo correspondiente deberá ser expedido por el Concejo Municipal durante las sesiones de noviembre de cada año, incluido el período de prórroga*" (subrayado fuera de texto).

Por su parte el artículo 64 del Decreto 111 de 1996 *"Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto"*, consagra lo siguiente:

> **ARTÍCULO 64.** Si el proyecto de presupuesto general de la Nación no hubiere sido presentado en los primeros diez días de sesiones ordinarias o no hubiere sido aprobado por el Congreso, el Gobierno Nacional expedirá el decreto de repetición antes del 10 de diciembre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 348 de la Constitución Política.
>
> Para su expedición el gobierno podrá reducir gastos y en consecuencia suprimir o refundir empleos cuando así lo considere necesario teniendo en cuenta los cálculos de rentas e ingresos del año fiscal. En la preparación del decreto de repetición el gobierno tomará en cuenta:
>
> 1. Por presupuesto del año anterior se entiende, el sancionado o adoptado por el gobierno y liquidado para el año fiscal en curso.
> 2. Los créditos adicionales debidamente aprobados para el año fiscal en curso.
> 3. Los traslados de apropiaciones efectuadas al presupuesto para el año fiscal en curso (L. 38/89, art. 51; L. 179/94, art. 55, inc. 1°).
>
> **NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1645 de 2000".**

La anterior norma es aplicable a las entidades territoriales por mandato del artículo 109 del mismo decreto que les ordena expedir normas en materia

presupuestal que sigan las mismas disposiciones del orden nacional, en los siguientes términos:

> "...**ARTÍCULO 109.** Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto en lo que fuere pertinente.
>
> Si el alcalde objeta por ilegal o inconstitucional el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, deberá enviarlo al tribunal administrativo dentro de los cinco días siguientes al recibo para su sanción. El tribunal administrativo deberá pronunciarse durante los veinte días hábiles siguientes.
>
> Mientras el tribunal decide, regirá el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, bajo su directa responsabilidad (L. 38/89, art. 94; L. 179/94, art. 52)" (subrayado fuera de texto).

Así pues, los componentes del presupuesto general del municipio son i) el presupuesto de rentas; ii) el presupuesto de gastos o acuerdo de apropiaciones, y iii) las disposiciones generales.

Los componentes del presupuesto de rentas y recursos de capital son:

- Los ingresos corrientes (tributarios y no tributarios)
- Los fondos especiales
- Los recursos de capital (recursos del balance del tesoro y recursos del crédito), los rendimientos de operaciones financieras.
- Los ingresos de los establecimientos públicos
- La rentas de destinación específica.

Los ingresos corrientes son aquellas rentas o recursos de que dispone o puede disponer el municipio regularmente, para atender los gastos que demanden la ejecución de sus cometidos.

Así pues, los ingresos corrientes se clasifican en tributarios y no tributarios[2]; por su parte los ingresos tributarios son los valores que el contribuyente (sujeto pasivo) debe pagar en forma obligatoria al municipio (sujeto activo) sin que por ello exista ningún derecho a percibir servicio o beneficio alguno de tipo individualizado o inmediato, ya que el Estado (ente territorial) haciendo uso de su facultad impositiva, los recauda para garantizar el funcionamiento de sus actividades normales. Obligaciones que son posibles, si tienen fundamento legal en un acuerdo anterior a su recaudo[3].

Los tipos de fuentes de financiación de las entidades territoriales son[4] i) exógenas, dado que provienen de transferencias de recursos de la Nación o participación de los recursos del Estado, como los provenientes de las regalías. ii) Endógenas son aquellas que se originan en la jurisdicción de la respectiva entidad, en virtud de un esfuerzo propio y por decisión política de las autoridades locales o seccionales. En ellas las rentas originadas en la explotación de los bienes o la prestación de los servicios propios, así como las que se produzcan en virtud de fuentes tributarias propias.

Por ende, la estructura del presupuesto de rentas que se debe presentar al concejo municipal es:

1. Ingresos del presupuesto municipal
    a. Ingresos corrientes:

- Ingresos tributarios
- Ingresos no tributarios
- Rentas de destinación específica

2. Recursos de capital

---

[2] Constitución Política artículo 358 y Decreto 111 de 1996, artículo 27.
[3] Decreto extraordinario 1675 de 1964.
[4] Sentencia 897 de 1999

4. Principios Constitucionales en los que se fundamenta el derecho tributario

El Sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia, progresividad e irretroactividad, de conformidad con el artículo 363 de la Constitución Política, disposición en la que se advierte que las **leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.**

El principio de irretroactividad determina que las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sean el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo, de conformidad con el artículo 338 superior.

No obstante, las normas tributarias que beneficien a los contribuyentes, evitando que se aumenten sus cargas, serán de aplicación inmediata. Al respecto es oportuno traer a colación la sentencia C-006 de 1998, proferida por la Corte Constitucional, MP.: Antonio Barrera Carbonell, en la que se estimó lo siguiente:

> "El artículo 338 superior constituye ciertamente una regulación exclusivamente dirigida a la imposición de tributos, es decir, al diseño y establecimiento de una carga fiscal, de manera que no es aplicable cuando el legislador pretende, por el contrario, modificar o suprimir tales obligaciones. Por lo mismo, las normas que derogan tributos o establecen medidas que eximen o disminuyen de tales obligaciones a los contribuyentes, tienen efecto general inmediato y principian a aplicarse a partir de la promulgación de la norma que las establece, salvo, por supuesto, que el legislador expresamente haya establecido reglas específicas para su vigencia. Con respecto al cuestionamiento que se hace al art. 285 de la ley 223/95, en el sentido de no haber determinado el legislador que su aplicación en relación con las normas que regulaban tributos de periodo se haría efectiva a partir de la siguiente vigencia fiscal, observa la Corte que ello no hace inconstitucional dicha norma, pues el pretendido vacío legal se llena con la previsión del inciso tercero del art. 338 de la Constitución, que debe ser acatada por la autoridad encargada de aplicarla" (subrayado fuera de texto).

5. De los impuestos de periodo y los impuestos instantáneos

El artículo 338 superior dispone que 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.

También dispone que la ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Finalmente, sostiene que las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen **contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.**

Teniendo en cuenta lo anterior y con respecto a la forma de vigencia y diferenciación de los impuestos de periodo y los impuestos instantáneos, la Corte Constitucional en la Sentencia C – 1006 de 2003, MP.: Alfredo Beltrán Sierra, estableció lo siguiente:

> "También pueden clasificarse, en impuestos de periodo e impuestos instantáneos.
>
> Entendiéndose como impuesto de periodo, el impuesto que requiere de un determinado lapso de tiempo, por ejemplo el impuesto sobre la renta que requiere verificar cual es el monto de la renta gravable existente entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año.

Como su nombre lo dice, este impuesto se cuantifica por periodos, igualmente se establece la obligación tributaria, esto es por ejemplo, enero a diciembre del año vigente. No se confunde el impuesto de un periodo a otro, son perfectamente independientes.

En contraposición a este impuesto, está el impuesto instantáneo, que es, en otras palabras, el que se causa de manera simultánea a la realización del hecho imponible, sucede como su nombre lo indica instantáneamente. Un ejemplo de éste, es el impuesto sobre las ventas, cada vez que se vende se causa el impuesto.
...

El artículo 338 numeral 3 de la Constitución que se considera vulnerado, señala que: "las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo de tiempo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo"

La disposición constitucional establece la potestad para el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales, de imponer en tiempo de paz, contribuciones fiscales o parafiscales, dejando a la ley, las ordenanzas y los acuerdos, la atribución para fijar en forma directa los sujetos activos y pasivos, así como los hechos, las bases gravables y las tarifas de los impuestos.

Sin embargo, como se ve, el inciso tercero señala la prohibición de cobrar tributos que tengan como resultado actos sucesivos ocurridos antes de la vigencia de la ley o el mismo periodo fiscal en que ésta entra a regir. Es decir, fue el propio Constituyente, quien en aras de proteger al contribuyente estableció esta limitación.

Entonces, cuando la Constitución hace referencia a los impuestos cuya base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo de tiempo determinado, está refiriendo precisamente a impuestos clasificados doctrinalmente como de periodo, pues como se dijo, en esta clasificación, la obligación tributaria se cataloga por periodos que van de enero a diciembre de cada año, conforme a la ley anterior.

No sucede lo mismo con los impuestos denominados instantáneos, pues aquí la vigencia de la ley no afectará las decisiones que ya se hayan tomado, tampoco puede entenderse que se aplica en forma retroactiva, sencillamente como su nombre lo indica, la obligación tributaria se impone de manera instantánea, y este es el caso del impuesto a las ventas de licores, vinos, aperitivos y similares a que hace referencia los artículos 49 a 54 de la ley 788 de 2002" (subrayado fuera de texto).

Como la norma superior se refiere a las leyes, ordenanzas o acuerdos que "regulen contribuciones", conviene, de entrada, recordar que la Corte, al

interpretar esta disposición (sentencia C-149 del 22 de abril de 1993, magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo, ha asignado a la palabra contribución un sentido genérico sinónimo de impuesto.

Por último, debe advertirse que el inciso 3° del artículo 338 de la Constitución Política señala que no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo". A respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C- 527 de 1996, MP.: Jorge Arango Mejía, consideró que la palabra "período", por estar libre de cualquier calificativo, no coincide con la noción, más restringida, del período gravable anual; igualmente menciona que si una norma beneficia al contribuyente, evitando que se aumenten sus cargas, en forma general, por razones de justicia y equidad, sí puede aplicarse en el mismo período sin quebrantar el artículo 338 de la Constitución

6. Solución del caso concreto

Así pues, en esta oportunidad le corresponde a la Sala examinar si existe violación del artículo 338 de la Constitución Política, por parte del Concejo Municipal de Tasco al expedir el Acuerdo No. 01 de 2017 "*POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO TRIBUTARIO DEL MUNICIPIO DE TASCO BOYACÁ*", en particular su artículo 760 que se refiere a la entrada en vigencia del mismo; por cuanto el departamento de Boyacá considera que los acuerdos que regulen contribuciones cuya base sea producto de hechos ocurridos en un periodo determinado, solo pueden aplicarse a partir del periodo siguiente a iniciar la vigencia de la respectiva ley, y en el presente caso afirma el departamento de Boyacá que se establece la vigencia en la cual comienza a regir y el periodo de aplicación en el mismo tiempo.

El Acuerdo No. 01 de 2017 "*POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO TRIBUTARIO DEL MUNICIPIO DE TASCO BOYACÁ*" expedido por el Concejo Municipal de Tasco, establece en sus consideraciones y parte resolutiva lo siguiente:

"

CONSIDERACIONES

...

Que el Concejo Municipal tiene la potestad de reglamentar los tributos establecidos por la ley, al tenor de lo señalado en el artículo 338 de la Constitución Política, el cual señala que en tiempo de "paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos."

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Honorable Concejo Municipal

ACUERDA

Adóptese como Estatuto Tributario para el Municipio de Tasco – Boyacá el siguiente:

...

ARTÍCULO 18. TRIBUTOS MUNICIPALES. El presente Estatuto regula los tributos vigentes en el municipio de Tasco que a continuación se relaciona:

a) IMPUESTOS:

- Impuesto Predial Unificado (art. 19 y 21)
- Sobretasa Ambiental
- Impuesto de Industria y Comercio y Complementario Avisos y Tableros (art. 51 y 59)
- Impuesto de Azar y Espectáculos (Rifas, Juegos y Espectáculos públicos, sistemas de clubes) (art. 134 y 150 y 181).
- Impuesto de delineación urbana (art. 203 y 205)
- Participación impuesto de vehículos automotores
- Impuesto de alumbrado público (art. 124 y 131)
- Impuesto publicidad exterior visual (art. 269 y 276)
- Impuesto ocupación de vías, plazas y lugares públicos
- Impuesto de juegos permitidos
- Estampilla pro cultura (art. 314 y 319)
- Estampilla pro desarrollo
- Estampilla por discapacidad (art. 323 y 327)

- Estampilla para el bienestar del adulto mayor (art. 350 y 354)

...

c. CONTRIBUCIONES:

- Contribución contratos de obra pública (art. 451 y 453)
- Contribución de valorización (art. 458 y 466)
- Certificados y constancias
- Paz y salvos y papelería

....

TÍTULO III. OTRAS DISPOSICIONES

...

Artículo 760. VIGENCIA: El presente Acuerdo rige a partir de su Publicación y tendrá efectos fiscales a partir de la fecha, para los impuestos de ejecución instantánea y para los impuestos de periodo regirá a partir de su aprobación.

..."

Descendiendo al fondo del asunto se tiene en relación con el cargo presentado respecto de la vigencia del Acuerdo No. 01 de 2017 contenida en el artículo 760, que no existe un verdadero cargo, por cuanto no se explicó en debida forma el concepto de violación, como quiera que el argumento presentado en el libelo carece de especificidad y suficiencia exigidas para fundamentar el concepto de la violación, razón por la cual la Sala negará las suplicas de la demanda por las siguientes razones:

- Si bien el departamento de Boyacá invoca como vulnerado el artículo 338 de la Carta Política, no expone de manera específica y suficiente, las razones por las cuales la vigencia del Acuerdo 01 de 2017 desconoce ese precepto superior.

• El departamento de Boyacá en la demanda se limita a afirmar que el Concejo Municipal de Tasco al estudiar el proyecto de Acuerdo 01 de 2017 no previó la norma constitucional en cita, como quiera que se estableció en el artículo 760 que el acto demandado entró a regir a partir de su aprobación para los impuestos de periodo, pero **no desarrolla la carga argumentativa mínima y necesaria para demostrar tal aserto.**

• El departamento de Boyacá en la demanda de la referencia no relaciona los impuestos de periodo consignados en el acuerdo demandado, respecto de los cuales asegura que debe aplicarse el último inciso del artículo 338 superior.

• El departamento de Boyacá desconoce que lo consignado en el último inciso del artículo 338 superior se exceptúa cuando las normas tributarias beneficien a los contribuyentes, evitando que se aumenten sus cargas, caso en el cual tendrán aplicación inmediata.

• Así pues, el departamento de Boyacá no analiza si el acuerdo demandado contiene por ejemplo normas que derogan tributos o medidas que eximan o disminuyan de tales obligaciones a los contribuyentes, casos que tienen efecto general inmediato y principian a aplicarse a partir de la promulgación de la norma que las establece, salvo, por supuesto, que el legislador expresamente haya establecido reglas específicas para su vigencia.

• Así pues, resultaba imperioso en el presente caso que el departamento de Boyacá indicara los impuestos de periodos que no

podían entrar a regir con la aprobación del Acuerdo No. 01 de 2017, por no ser resultado del principio de favorabilidad tributaria para los contribuyentes, y no limitarse de manera general sin ningún estudio previo a demandar a afirmar que vulnera el artículo 338 superior.

En ese orden de ideas se puede concluir que la demanda no presenta los argumentos de manera específica y suficiente, para fundamentar la acusación realizada respecto de la vigencia del acto demandado.

Para la Corte el cumplimiento del requisito de especificidad se satisface cuando se define por qué la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través "*de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada*" [15]. *Ello tiene fundamento en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, "resultando inadmisible que se deba resolver sobre su inexequibilidad a partir de argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad*"

Así pues, en el presente caso, la demanda se limita únicamente a señalar una presunta contradicción entre el Acuerdo No. 01 de 2017 y la Carta Política sin establecer de manera concreta su desconocimiento, sin estudiar de manera rigurosa por qué desconoce el inciso final del artículo 338 superior.

Por lo expuesto la demanda no reúne los requisitos de especificidad y suficiencia que permitan un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación.

Además, el municipio de Tasco y el Concejo Municipal aseguran lo siguiente, que además no fue desvirtuado por el departamento de Boyacá:

> "...Así las cosas se tiene que mediante el Estatuto Tributario adoptado por el municipio de Tasco, lejos de imponerse condiciones más gravosas para los ciudadanos sujetos a este, se establecieron circunstancias que repercuten en su favor. El acto administrativo expedido, integra una serie de normativas que crean condiciones favorables a los ciudadanos, tales como el mantener en un 90% las tarifas establecidas frente al impuesto predial y unificado, y en un 80% frente al impuesto de industria y comercio en un 80%, siendo disminuidos en un 20%, frente al anterior Estatuto Tributario, circunstancias que son respetuosas del principio tributario de equidad.
>
> Con la disminución realizada frente al Impuesto de Industria y Comercio, no se incurrió en la vulneración alegada, puesto que se disminuyeron las tarifas del impuesto de Industria y Comercio, y antes de terminar ese período gravable, es decir el 31 de diciembre, es cuando los hechos generadores del tributo se han consolidado, es decir los que determinan la base para aplicar la nueva tarifa más favorable a los ciudadanos, circunstancia que resulta plenamente válida...
>
> De otra parte, dentro de dicho compilado la regulación de los impuestos de delineación urbana y las licencias de urbanización y parcelación, conforme al Decreto 1077 de 2015, ya que en el Estatuto que estaba vigente se encontraba una tarifa exclusiva para ambas solicitudes, sobre el valor del avalúo, el cual al realizar el cálculo es bastante costoso para el contribuyente, es decir que se estableció una circunstancia más favorable al ciudadano..." (f. 221 y 232 a 233)

En el expediente reposan el Acuerdo 003 de 2015 y el Acuerdo No. 1 de 2017 mediante los cuales se adoptó el Estatuto Tributario en el municipio de Tasco, en consecuencia se hará un comparativo respecto del impuesto predial y unificado:

Acuerdo 003 de 2015	**Acuerdo 01 de 2017 (demandado)**
Artículo 24 causación:... se causa el 1° de enero del respectivo año gravable.	**Artículo 21 causación**: a partir del 1° de enero del respectivo período fiscal; su liquidación será anual y se pagará dentro de los plazos fijados por la Secretaría de Hacienda o Tesorería.
Tarifas: **Predios urbanos:** Rango avalúo Tarifas para 2016 General mayor a 1750 7.5x mil Entre 1750 y 350 7.0 x mil Menores de 350 7.5x mil Edificaciones amenacen ruina 9.0 x mil **Predios rurales** Rango avalúo Tarifas para 2016 General mayor a 1750 5.0 x mil 11,0 x mil siguientes Entre 1750 y 350 5.0 x mil 7.0 x mil siguientes Menores de 350 5,0 x mil Menores de 95 9.0 x mil 8,0 x mil siguientes **Predios donde se explota y extrae arena** Rango avalúo Tarifas para 2015 General mayor a 1750 5,0 x mil 7.0 x mil 2016 Entre 1750 y 350 5 x mil 7,5 x mil 2016 Menores de 350 5 x mil 8.5 x mil 2016 PARÁGRAFO 2°. A partir del año en el cual entren en aplicación las modificaciones de las tarifas, el cobro total del impuesto predial unificado resultante	**Tarifas:** **Predios urbanos:** Rango avalúo Tarifas para 2017 General mayor a 1750 7.5x mil Entre 1750 y 350 7.5 x mil Menores de 350 7.5x mil Edificaciones amenacen ruina 9.0 x mil **Predios rurales** Rango avalúo Tarifas para 2017 General mayor a 1750 11,0 x mil Entre 1750 y 350 7.5 x mil Menores de 350 5,0 x mil Menores de 95 8,0 x mil **Predios donde se explota y extrae arena** Rango avalúo Tarifas para 2017 General mayor a 1750 7,0 x mil Entre 1750 y 350 7.5 x mil Menores de 350 8,5 x mil PARÁGRAFO 2°. A partir del año en el cual entren en aplicación las modificaciones de las tarifas, el cobro total del impuesto predial unificado resultante con base en ellas, no podrá exceder del 25% del monto liquidado por el mismo

con base en ellas, no podrá exceder del 25% del monto liquidado por el mismo concepto en el año inmediatamente anterior, excepto en los casos que corresponda a cambios de los elementos físicos o económicos que se identifique en los procesos de actualización del catastro. **Artículo 35 CALENDARIO TRIBUTARIO E INCENTIVOS.** El pago del tributo se efectuará a más tardar en el mes de abril con descuento del año respectivo, sin embargo, se conceden los siguientes beneficios por pronto pago a los contribuyentes que se encuentren a paz y salvo por las vigencias anteriores: 1. Si se cancela entre los meses de enero, febrero y marzo se obtendrá un descuento el 10% 2. Si se paga dentro del mes de abril, se obtendrá un descuento del 5% 3. Si se paga dentro del mes de mayo, no habrá descuento, pero cancelará el valor del tributo sin lugar a intereses y sanciones. ... **ARTÍCULO 36 INTERESES MORATORIOS.** A partir del primero (01) de junio a los contribuyentes que no hayan cancelado su impuesto predial, se les liquidarán los intereses de mora por cada día calendario de retardo, a la tasa tributaria vigente de acuerdo con la establecida para los impuestos nacionales.	concepto en el año inmediatamente anterior, excepto en los casos que corresponda a cambios de los elementos físicos o económicos que se identifique en los procesos de actualización del catastro. **Artículo 44 INCENTIVO POR PRONTO PAGO.** Los contribuyentes del impuesto predial unificado y de la sobretasa del medio ambiente que paguen dentro de los tres (3) primeros meses del año, hasta el último día hábil de cada mes, la totalidad de impuesto de la vigencia fiscal que se cause, podrán descontar a manera de estímulo tributario los % que se detallan a continuación: MES — % ENERO Y FEBRERO — 10% MARZO Y ABRIL — 5% MAYO — Sin descuento JUNIO — Con intereses

De lo anterior se puede concluir tal y como lo adujo el Concejo Municipal de Tasco que en un 90% se mantuvieron las mismas tarifas del año anterior al igual que las tarifas de descuento y los tiempos. Además en ambos estatutos tributarios se dispuso que cuando se realice un cambio de tarifa en el siguiente año el valor a pagar del impuesto no puede superar el 25% de incremento, garantizándose el derecho a la igualdad de los contribuyentes y el principio de progresividad.

En este orden de ideas, la Sala negará las súplicas de la demanda como quiera que el departamento de Boyacá no hizo una revisión juiciosa del acuerdo No. 1 de 2017 a partir de la cual se desvirtúe la presunción de legalidad.

Además, se debe advertir que la prohibición consignada en el artículo 338 Constitucional, hace relación solamente a los impuestos de periodo, los cuales iniciarán a regir después de la vigencia de la ley, ordenanza o acuerdo. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que si lo que se va a hacer es generar un beneficio a la comunidad la vigencia debe ser inmediata.

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

FALLA:

PRIMERO. **Negar las súplicas de la demanda**, conforme a la motivación expuesta.

SEGUNDO. Comuníquese esta determinación al Departamento de Boyacá, al Presidente del Concejo, al Alcalde y al Personero Municipal de Tasco.

En firme esta providencia procédase a su archivo dejando las anotaciones y constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión ordinaria de la fecha.

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Ausente Con Permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifico por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja,

24 ENE 2018

Acción : **Validez de Acuerdo Municipal**
Demandante : **Departamento de Boyacá**
Demandado : **Municipio de Chiscas**
Expediente : **15001-23-33-000-2017-00211-00**

Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala de Decisión No. 2 de la Corporación a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el Departamento de Boyacá en contra de la validez del Acuerdo No. CMCH 002 de 2017, "*por medio del cual se crea un incentivo para el desarrollo rural y agropecuario del municipio de Chiscas*"

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor que por esta Corporación se declare la invalidez del Acuerdo No. 002 de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Chiscas.

Así mismo, solicita que se emita un pronunciamiento frente a la situación planteada y a la actuación que debe surtir el funcionario competente del municipio, ante lo expuesto en el concepto de violación.

II. HECHOS

El Concejo Municipal de Chiscas expidió el Acuerdo No. 002 de 2017, el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 15 de febrero de 2017.

Al realizar la revisión jurídica ordenada en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, el Gobernador de Boyacá observa que el acto objeto de esta demanda es contrario a la Constitución Política.

Estima como normas vulneradas los artículos 355 de la Constitución Política, y el artículo 76 de la Ley 715 de 2001.

Para explicar el concepto de violación, tomando como referente la normatividad invocada, manifiesta que el acuerdo objeto de revisión proferido por el Concejo Municipal de Chiscas desconoce las normas antes descritas, por las siguientes razones:

Asegura que los recursos del sector agropecuario no se encuentran establecidos para otorgar un subsidio por alquiler de maquinaria.

Por consiguiente, asegura que el Concejo Municipal de Chiscas al expedir el acuerdo demandado no previó las normas en cita, "*...toda vez que crean un incentivo para el desarrollo rural y agropecuario el cual consiste en un subsidio de hasta el 40% sobre el valor de la hora de alquiler del tractor para prestar el servicio dentro del municipio de Chiscas como se puede constatar en el artículo cuarto al prever que "El valor del incentivo será cubierto con cargo a los recursos del presupuesto del municipio – Sistema General de Participaciones – Sector Agropecuario*".

En consecuencia, sostiene que el objeto del acuerdo no es la creación de un incentivo consistente en un descuesto por alquiler de la maquinaria del municipio, toda vez que en el artículo 5 se autoriza a la Tesorería General del ente territorial para hacer movimientos presupuestales internos para cubrir el valor del incentivo.

Por lo dicho, afirma que nos encontramos frente a una donación a particulares "*prohibida en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia*" al destinar recursos del sector agropecuario para cubrir subsidios por el alquiler de maquinaria "*...cuyo gasto no es legal ejecutarlo con recursos del municipio*", dejando de financiar programas de desarrollo rural estructurados de acuerdo a las necesidades y potencialidades del municipio en materia agropecuaria.

III. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja (f. 5) siendo admitida por el despacho (fl. 30), sometiéndola a las ritualidades propias del proceso previstas en el artículo 151 del C.P.A.C.A. y en el Decreto 1333 de 1986.

2. Dentro del término de fijación en lista (fl.33), se pronunció **el Municipio de Chiscas,** a través de apoderado (f. 35), en los siguientes términos:

Manifiesta que la interpretación que hace el departamento de Boyacá del artículo 355 de la Constitución Política es "*mayúsculamente equivocada*" (fl. 36), y se limita analizar el tenor literal de la norma, sin adentrarse en el estudio de la interpretación hecha por la Corte Constitucional.

Para fundamentar sus argumentos cita la sentencia C-027 del 03 de febrero de 2016, concluyendo que lo que se pretende es menguar la amplia brecha de inequidades sociales que afectan a un grupo que demanda una especial protección por parte del estado Colombiano, como lo son los campesinos. También argumenta que se permite autorizar subvenciones para varias situaciones, entre ellas para el fomento de la construcción de obras de infraestructura física y la adecuación de tierras (art. 65 CP); y para la adquisición de predios para los trabajadores agrarios (art. 64 CP).

Que "*es fomento al desarrollo rural y agropecuario mediante la creación del incentivo consistente en el otorgamiento de un subsidio del 40% sobre el valor de la hora del alquiler del tractor, como desarrollo de los deberes y finalidades sociales del Estado, con el fin de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del municipio de Chiscas*".

Expresa que todo lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que la Constitución Política le impone al Estado la obligación de proteger y brindar un trato especial al trabajador del campo, tal y como lo hizo saber la Corte Constitucional en la sentencia C- 006 de 2002.

Por lo expuesto, sostiene que el incentivo creado mediante el acuerdo demandado se ajusta a los postulados y filosofía de un estado social de derecho, que tiene ciertas obligaciones que se concretan, entre otras, en la asignación de bienes o recursos públicos a sectores especialmente protegidos por la Constitución, como son los campesinos, incentivo que cumple con los siguiente criterios:

a. Respeta el principio de legalidad del gasto en virtud de lo estatuido en los artículos 64 y 65 de la Constitución Política, el Decreto único reglamentario No. 1071 de 2015 y lo contenido en el Plan de Desarrollo Municipal.

b. Se encuentra fundado en un mandato constitucional claro y suficiente que lo autoriza, contenido en los artículos 64 y 65 de la Constitución.

c. Respeta el principio de igualdad, pues el grupo al que se dirige no es otro que todo aquél que pretenda hacer uso de los derechos que la constitución le confiere por vía de los citados artículos superiores.

De esta forma solicita declarar la validez del acuerdo y que en consecuencia sean negadas las pretensiones de la demanda.

3. Mediante providencia del 11 de mayo de 2017 (fl. 52), se abrió el proceso a pruebas, tomándose con todo su valor probatorio los documentos aportados con el escrito demandatorio y sus contestaciones. Además como no había pruebas por practicar, se prescindió del término probatorio, en tanto se encontraban aportadas al proceso y las mismas satisfacen el objeto de la acción.

Se decide, previas estas,

IV- CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico. En esta oportunidad le corresponde a esta Corporación determinar si el Concejo Municipal de Chiscas con la expedición del acuerdo Número 002 de 2017, vulnera las normas invocadas, en primer lugar al crear un incentivo para el desarrollo rural y agropecuario consistente en un subsidio de hasta el 40% sobre el valor de la hora de alquiler del tractor, cubierto con cargo a los recursos del presupuesto del municipio – SGP- sector agropecuario- que en el sentir del departamento de Boyacá constituye una donación a particulares que está prohibida en el artículo 355 de la Constitución Política, y en segundo lugar al destinar recursos del sector agropecuario para cubrir subsidios por el alquiler de maquinaria, gasto que el departamento de Boyacá estima ilegal porque no está previsto en el artículo 76.3 de la Ley 715 de 2001, dejándose de financiar programas de desarrollo rural.

Con el fin de despejar el problema jurídico inmerso en la solicitud de invalidez del referido acuerdo y en las respuestas dadas por las autoridades municipales de Chiscas, la Sala efectuará algunas consideraciones previas sobre i) el presupuesto general de las entidades territoriales; ii) la

interpretación dada por la Corte Constitucional respecto de la interpretación del artículo 355 de la Constitución Política y iii) la solución del caso concreto[1].

2. El presupuesto general de las entidades territoriales

El artículo 266 del Decreto 1333 de 1986 "*Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal*" dispone que "*en el primer día de las sesiones ordinarias del mes de noviembre, el Alcalde presentará al Concejo el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia próxima. El acuerdo correspondiente deberá ser expedido por el Concejo Municipal durante las sesiones de noviembre cada año, incluido el período de prórroga*" (subrayado fuera de texto).

Por su parte el artículo 64 del Decreto 111 de 1996 *"Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto"*, consagra lo siguiente:

> **ARTÍCULO 64.** Si el proyecto de presupuesto general de la Nación no hubiere sido presentado en los primeros diez días de sesiones ordinarias o no hubiere sido aprobado por el Congreso, el Gobierno Nacional expedirá el decreto de repetición antes del 10 de diciembre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 348 de la Constitución Política.
>
> Para su expedición el gobierno podrá reducir gastos y en consecuencia suprimir o refundir empleos cuando así lo considere necesario teniendo en cuenta los cálculos de rentas e ingresos del año fiscal. En la preparación del decreto de repetición el gobierno tomará en cuenta:
>
> 1. Por presupuesto del año anterior se entiende, el sancionado o adoptado por el gobierno y liquidado para el año fiscal en curso.
>
> 2. Los créditos adicionales debidamente aprobados para el año fiscal en curso.
>
> 3. Los traslados de apropiaciones efectuadas al presupuesto para el año fiscal en curso (L. 38/89, art. 51; L. 179/94, art. 55, inc. 1°).

[1] Esta sentencia tiene como sustento previo la decisión tomada el 26 de abril de 2017 por la Sala de Decisión No. 5 de esta Corporación dentro de la validez de acuerdo 2017-00034, municipio de Covarachía

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1645 de 2000".

La anterior norma es aplicable a las entidades territoriales por mandato del artículo 109 del mismo decreto que les ordena expedir normas en materia presupuestal que sigan las mismas disposiciones del orden nacional, en los siguientes términos:

"...**ARTÍCULO 109.** Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto en lo que fuere pertinente.

Si el alcalde objeta por ilegal o inconstitucional el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, deberá enviarlo al tribunal administrativo dentro de los cinco días siguientes al recibo para su sanción. El tribunal administrativo deberá pronunciarse durante los veinte días hábiles siguientes.

Mientras el tribunal decide, regirá el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, bajo su directa responsabilidad (L. 38/89, art. 94; L. 179/94, art. 52)" (subrayado fuera de texto).

Así pues, los componentes del presupuesto general del municipio son i) el presupuesto de rentas; ii) el presupuesto de gastos o acuerdo de apropiaciones, y iii) las disposiciones generales.

La estructura del presupuesto de gastos está conformada por los i) gastos de funcionamiento, ii) servicio de la deuda pública; iii) *gastos de inversión social;* iv) **gasto público social** y; v) gastos de funcionamiento e inversión de los establecimientos públicos.

En consecuencia, en la estructura del presupuesto de gastos que debe presentarse al concejo municipal debe indicarse los gastos de funcionamiento, los gastos de servicio de la deuda pública y los gastos de inversión,

determinando los sectores, los programas y procedencia del recurso por cada uno, atendiendo el presupuesto de ingresos.

En relación con los gastos de inversión con recursos del Sistema General de Participaciones, de ahora en adelante, SGP, se debe advertir que dicho sistema es el conjunto de recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política (modificados por los actos legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007) a las entidades territoriales – departamentos, distritos y municipios- para la financiación de los servicios a su cargo y de las competencias asignadas por las Leyes 715 de 2001, 1122 y 1176 de 2007.

El Sistema General de Participaciones está compuesto por i) un conjunto de cuatro asignaciones especiales (alimentación escolar, municipios ribereños del Río Grande de la Magdalena, resguardos indígenas y Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet) y otro integrado por ii) las asignaciones sectoriales (educación, salud, agua potable y saneamiento básico y una participación de propósito general).

Los recursos del SGP para propósito general[2] corresponde al 11, 6% de la transferencia (previo descuento del 4% para las asignaciones especiales), la distribución de estos recursos se realiza de la siguiente forma: el 17% entre los municipios menores de 25.000 habitantes. Para la distribución de recursos entre estos municipios se tiene en cuenta:

- La población total (40%)
- La pobreza relativa NBI (60%), las variables en los dos casos son certificadas por el DANE 83% entre los municipios y distritos del país.

[2] Ley 1176 de 2007, artículo 21, 22 y 23 y ley 1450 de 2011 artículo 14

Con los recursos de propósito general los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente para inversión y otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un 42%.

Del total de los recursos de la participación de propósito general, asignada a cada distrito o municipio, una vez descontada la destinación establecida para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración y la asignación por municipio menor de 25000 habitantes, cada municipio destinará el 8% para deporte, el 6% en cultura, 10% para el Fonpet y el resto para inversión en[3]:

- Servicios públicos
- Vivienda
- Agropecuario
- Transporte
- Ambiental
- Centros de reclusión
- Prevención y atención de desastres
- Promoción del desarrollo
- Atención a grupos vulnerables
- Equipamiento municipal
- Desarrollo comunitario
- Fortalecimiento institucional
- Justicia
- Orden público, seguridad, convivencia ciudadana y protección del ciudadano
- Restaurantes escolarees
- Empleo

[3] Ley 715 de 2001, artículo 76; Ley 1176 de 2007, artículo 21 y Ley 1450 de 2012, artículo 12.

Efectivamente, el artículo 76 de la Ley 715 de 2001 establece que corresponde a los municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las competencias allí contenidas, en particular en el sector agropecuario las siguientes:

"76.3.1. Promover, participar y/o financiar proyectos de desarrollo del área rural.

76.3.2. Prestar, directa o indirectamente el servicio de asistencia técnica agropecuaria.

76.3.3. Promover mecanismos de asociación y de alianzas de pequeños y medianos productores" (Subrayado fuera de texto).

En este momento se debe advertir que los ingresos percibidos por el SGP no forman parte de los ingresos corrientes de libre destinación de las entidades territoriales beneficiarias, por ser de destinación específica. Los ingresos y gastos de las entidades territoriales con recursos del SGP se apropiarán en los planes y presupuestos de los departamentos, distritos y municipios[4].

Así pues, los rendimientos financieros de los recursos del SGP que se generen una vez entregados a la entidad territorial, se invertirán en el mismo sector[5].

Para efectos de la Ley 617 de 2000, se entiende como ingresos corrientes de libre destinación los ingresos corrientes[6], excluidas las rentas de destinación específica, entendiéndose por éstas, las destinadas por ley o acto administrativo (ordenanza y/o acuerdo) a un fin determinado.

[4] Ley 715 de 2001 artículo 84
[5] Ley 715 de 2001 artículo 91
[6] Son aquellas rentas o recursos de que dispone o puede disponer el municipio regularmente, para atender los gastos que demanden la ejecución de sus cometidos.

3. La interpretación dada por la Corte Constitucional al artículo 355 de la Constitución Política

El artículo 355 de la Constitución Nacional señala de manera expresa, la prohibición de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado en los siguientes términos:

> **"Artículo 355.** Ninguna de las ramas u órganos del Poder Público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.
>
> El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrara contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia" (subrayado fuera de texto).

No obstante, según lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a dicha prohibición la Constitución Política no proscribió del todo esta clase de determinaciones.

Así, la Corte Constitucional en sentencia C-1174 del 8 de noviembre de 2001, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, sintetizó la jurisprudencia emitida por dicha Corporación respecto a la prohibición contenida en el artículo 355, así:

> "El alcance de esta prohibición ha sido fijado en los siguientes pronunciamientos de esta Corporación, que a continuación se sintetizan:
>
> ▪ La prohibición del artículo 355 de la C P, no impide al Estado ofrecer incentivos económicos y colaborar con los particulares en la creación de personas jurídicas dedicadas a la investigación científica y tecnológica. Lo anterior en razón de que la finalidad de las personas que reciben su estímulo, corresponde a un cometido que la misma Constitución encomienda expresamente al Estado. (Sentencia C- 506 de 1994, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia C-136 de 1995).

- A la luz del artículo 355 de la Constitución Política, los subsidios del Estado a los particulares, por regla general, se encuentran prohibidos. La excepción sólo es

procedente si el subsidio, concedido por la ley se basa en una norma o principio constitucional, y resulta imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado (Sentencia C-205 de 1995. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

- La Constitución no prohíbe que el Estado transfiera a los particulares, sin contraprestación económica, recursos públicos, siempre y cuando tal transferencia tenga un sustento en principios y derechos constitucionales expresos. Esa es la única forma de armonizar la prohibición de los auxilios y donaciones con los deberes sociales de las autoridades colombianas, que derivan de la adopción de la fórmula política del Estado social de derecho y de los fines que le son inherentes. entre los cuales ocupa un lugar preponderante la búsqueda de un orden justo, en donde la igualdad sea real y efectiva. (Sentencia C-251 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

- La Constitución Política, en términos generales, prohíbe que con fondos públicos las autoridades efectúen auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas (C.P. Artículo 355). La Carta, sin embargo, por vía excepcional, autoriza al Estado para que pueda conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquella directamente considera dignas y merecedoras de apoyo. (Sentencia C-152 de 1999, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñóz).

- Para que puedan destinarse contribuciones económicas en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, sin que tal destinación constituya vulneración del artículo 355 de la Carta Política, debe existir un mandato Constitucional expreso mediante el cual se imponga al Estado el deber de adoptar medidas encaminadas a financiar con cargo al presupuesto nacional o con bienes públicos, la asignación de subsidios a favor de determinadas personas o de actividades que beneficien a un sector de la población o fomenten propósitos de interés público o social. (Sentencia C- 923 de 2000, M.P., Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

El anterior recorrido jurisprudencial permite concluir que la prohibición general dirigida a las ramas u órganos del poder público, de decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado **no acarrea *per se* la extinción de la función benéfica a cargo del Estado**, la cual también puede cumplirse mediante subsidios, subvenciones o estímulos económicos que se otorguen a entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, en concordancia con principios de estirpe constitucional [7]".

Con posterioridad la Corte Constitucional en sentencia C- 507 de 2008, MP.: Jaime Córdoba Triviño, indicó en relación con la asignación de recursos o bienes públicos a particulares, los requisitos que deben cumplirse para que resulte ajustada a la carta política, así:

[7] Corte Constitucional, Sentencia C- 254 del 6 de junio de 1.996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"La Constitución prohíbe toda donación de recursos públicos, lo que no significa que el Estado no pueda implementar políticas sociales o económicas que tengan como herramienta la asignación de bienes o recursos sin una contraprestación directa e inmediata a cargo del beneficiario. En un estado social de derecho, el Estado tiene ciertas obligaciones sociales que se concretan, entre otras, en la asignación de bienes o recursos públicos a sectores especialmente protegidos por la Constitución, y para que este tipo de asignaciones resulten ajustadas a la Carta, se requiere que satisfagan, cuando menos, **cuatro requisitos constitucionales**: En primer lugar, debe respetar el principio de legalidad del gasto; en segundo término, toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente plan de inversión, y tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice; por último, debe respetar el principio de igualdad.

Respecto al principio de legalidad del gasto, en la citada sentencia se explicó en los siguientes términos:

"El principio de legalidad del gasto que establece la Constitución señala la imposibilidad de hacer erogación alguna con cargo al tesoro, que no se halle incluida en el presupuesto de gastos; esto es, sólo pueden ser efectuados los gastos apropiados en la ley anual del presupuesto. El principio de la legalidad del gasto es un principio constitucional de gran trascendencia, que se aplica a todas las erogaciones públicas, y que, según la jurisprudencia constitucional, es un mecanismo de racionalización de la actividad estatal y uno de los fundamentos más importantes de las democracias constitucionales. El principio de legalidad supone la existencia de competencias concurrentes, aunque separadas, entre los órganos legislativo y ejecutivo, correspondiéndole al primero la ordenación del gasto propiamente dicha y al segundo la decisión libre y autónoma de su incorporación en el Presupuesto General de la Nación; de tal suerte que el Congreso tiene la facultad de decretar gastos públicos, pero su incorporación en el presupuesto queda sujeta a la voluntad del Gobierno, en la medida en que éste tiene la facultad de proponer o no su inclusión en la Ley".

...

Para que el proceso de asignación de subsidios sea respetuoso de la Constitución, debe estar consagrado en una ley que establezca claramente las condiciones objetivas que van a permitir la selección de los beneficiarios en condiciones de igualdad. Adicionalmente, debe contener garantías suficientes – claridad, publicidad, y recursos – para que tanto su diseño como su implementación, pueda ser efectivamente controvertida por las personas que se consideren afectadas".

Finalmente la Corte Constitucional en la sentencia C- 027 de 2016, MP.: María Victoria Calle Correa, estimo al respecto lo siguiente:

"La jurisprudencia constitucional ha decantado en un amplio conjunto de pronunciamientos sobre el alcance del artículo 355, bajo premisas que justifican la constitucionalidad del mandato bajo revisión. Para empezar, la Corporación ha señalado que una prohibición absoluta como la que respalda la argumentación del accionante implicaría una tensión inaceptable entre distintas características centrales de nuestra Constitución. Así, suponer que el Estado, a través de sus órganos y ramas que ejercen el poder público, tiene prohibida la subvención de toda actividad de las personas de derecho privado haría inviable la satisfacción de las cláusulas de Estado social de derecho e igualdad material. En el mismo sentido, esta comprensión del artículo 355 generaría contradicciones entre su inciso primero y segundo; además, impediría la materialización de mandatos específicos de fomento a grupos vulnerables y actividades estratégicas para la consecución de fines como la igualdad o equidad de género, la satisfacción del derecho a la salud (y en general de las facetas prestaciones de todos los derechos), la protección del ambiente o el fomento a la ciencia, la educación o la cultura, entre otros. Así las cosas, ha explicado la Corte que, ni el artículo 355 prohíbe de manera definitiva todo tipo de fomento económico a particulares, ni puede interpretarse de manera tal que vacíe el contenido de diversas cláusulas que consagran los deberes del Estado".

En consecuencia, el alcalde eventualmente podría conceder estímulos o beneficios como los señalados en el acuerdo acusado, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos señalados por la Corte Constitucional según la interpretación que ésta Corporación hace del artículo 355 superior.

3. Solución del caso concreto

Así pues, en el presente caso le corresponde a esta Corporación determinar si el Concejo Municipal de Chiscas con la expedición del acuerdo Número 002 de 2017, vulneró las normas invocadas, en primer lugar al crear un incentivo para el desarrollo rural y agropecuario consistente en un subsidio de hasta el 40% sobre el valor de la hora de alquiler del tractor, cubierto con cargo a los recursos del presupuesto del municipio – SGP- sector agropecuario- que en el sentir del departamento de Boyacá constituye una donación a particulares que está prohibida en el artículo 355 de la Constitución Política, y en segundo lugar al destinar recursos del sector agropecuario para cubrir subsidios por el alquiler de maquinaria, gasto que el departamento de Boyacá estima ilegal porque no está previsto en el artículo 76.3 de la Ley 715 de 2001, dejándose de financiar programas de desarrollo rural.

A folios 9 a 13 reposa el Acuerdo No. 002 de 2017 "*por medio del cual se crea un incentivo para el desarrollo rural y agropecuario del municipio de chiscas*", expedido por el Concejo Municipal. El texto del citado acto demandado es el siguiente:

"Que para cumplir los objetivos propuestos, dentro del programa de gobierno y el plan de desarrollo municipal, se deben gestionar los recursos externos que atiendan las necesidades más apremiantes de la comunidad.

...

Que el artículo 2 ibídem dispone que son fines esenciales del Estado entre otros: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

...

Que al artículo 64 de la Constitución política informa que es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual y asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, **asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar la calidad de vida de los campesinos.**

Que el artículo 76 de la ley 715 de 2001 el cual dispone que además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los municipios, directa o indirectamente, con recursos propios del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en este sentido dispone como una de sus competencias específicas la de **promover, participar, y/o financiar proyectos de desarrollo del área rural**.

Que dichos postulados constitucionales fueron desarrollados mediante la Ley 607 de 2000, la cual en su artículo 2° dispuso: "La asistencia técnica directa rural, es un servicio público de carácter obligatorio y subsidiado con relación a los pequeños y medianos productores rurales, cuya prestación está a cargo de los municipios en coordinación con los departamentos y los entes nacionales, en particular el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural".

Que dicha asistencia técnica directa rural comprende la atención regular y continúa a los productores agrícolas, pecuarios, forestales y pesqueros, en la

asesoría de los siguientes asuntos:...en la aplicación y uso de tecnologías y recursos adecuados a la naturaleza de la actividad productiva...

Que el municipio de Chiscas, mediante el Acuerdo No. 028 de fecha 30 de noviembre de 2014, expidió el nuevo estatuto de rentas, el cual, en su artículo 210, numeral 4 estableció la tarifa de alquiler del tractor así:

4. Tractores del municipio.

Destino municipal	Unidad	Valor en smldv
Dentro del municipio	Hora	Mínimo en 1.94
Fuera del municipio	Hora	Mínimo en 2.20

Que, en ese orden de ideas, tenemos que el valor de la hora por concepto de alquiler del tractor dentro del municipio asciende a la suma de **CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA CUATRO PESOS ($47.704).**

Pues bien, en la actualidad el Municipio cuenta con un tractor de marca Kubota de 95 HP y 3769 CM3, DIESEL, el cual consume 2.3 galones por hora en su máxima revolución y según el estudio técnico de los costos del tractor realizado por la Secretaria de Planeación del Municipio de Chiscas, para tener un equilibrio financiero mínimo el valor de la hora de tractor debe ser de **$38.436** e incrementado en un 15% para lograr asegurar una sostenibilidad a largo plazo sería de **$44.201**.

Que bajo las anteriores consideraciones, la Administración Municipal de Chiscas, consiente de los elevados costos en la producción de los diferentes productos agropecuarios que ineluctablemente requieren de adecuación de tierras y adquisición de insumos cada vez más costosos, encuentra de vital importancia promover una iniciativa que permita un punto de equilibrio para los trabajadores del campo en aras de mejorar progresivamente su capacidad adquisitiva y ello redunde en el mejoramiento de la calidad de vida de ellos y sus familias, como una estrategia que busque a contribuir a garantizar la seguridad alimentaria, máxime si se tienen en cuenta que en su gran mayoría el campesino y productor agropecuario Chiscano, no cuenta con los recursos suficientes para cubrir una hora de tractor a este costo tan elevado, y continuar así traería como negativa consecuencia la improductividad de las tierras aptas para la producción agrícola.

...

Por lo anteriormente expuesto,

ACUERDA

ARTÍCULO PRIMERO: Créese (sic) un incentivo para el desarrollo rural y agropecuario en el municipio de Chiscas, consistente en el otorgamiento de un

subsidio de hasta el cuarenta por ciento (40%) sobre el valor de la hora de alquiler del tractor dentro del Municipio de Chiscas, de conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 210 del Estatuto de Rentas del Municipio de Chiscas, contenido en el acuerdo Municipal 028 del 30 de noviembre de 2014, como estrategia para garantizar una producción sostenible y el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad que se dedica a labrar el campo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Serán destinatarios del incentivo de que trata el artículo anterior, todas las personas que cancelen el valor correspondiente al alquiler del Tractor para prestar el servicio dentro del Municipio de Chiscas.

ARTÍCULO TERCERO: el incentivo consistente en un subsidio de hasta el 40% sobre el valor de la hora por alquiler del tractor, será reconocido de manera proporcional a las horas suministradas, previa verificación por parte de la oficina de Planeación y Tesorería Municipal.

ARTÍCULO CUARTO: el valor del incentivo será cubierto con cargo a los recursos del presupuesto del municipio- Sistema General de Participaciones – sector agropecuario.

ARTÍCULO QUINTO: Autorícese a la Tesorería General Municipal de Chiscas, para que realice las operaciones y movimientos presupuestales internos necesarios para cubrir el valor del incentivo descrito en el artículo primero del presente acuerdo.

ARTÍCULO SEXTO: el presente acuerdo rige a partir de su sanción y publicación y deroga cualquier norma que le sea contraria" (*fl.* 9 a 13).

Descendiendo al fondo del asunto, se tiene de la lectura del artículo 76 de la Ley 715 de 2001, que si bien allí se indicaron unas competencias por parte de los municipios, específicamente en el sector agropecuario, no significa que allí queden agotadas las mismas, es decir, no resultan ser taxativas, sino que son meramente enunciativas.

Ello en consideración a la redacción misma del artículo 76, cuando de manera expresa indica que a más de las competencias que se fijan en dicha norma, corresponde a los municipios el cumplimiento de las demás funciones establecidas en la Constitución y otras disposiciones, a través de recursos propios, del SGP, a través de la promoción de proyectos de interés municipal.

Una de tales competencias en el sector agropecuario, tal como quedó visto en precedencia lo constituye la asistencia técnica con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos, así como otorgar prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas y adecuación de tierras, concediendo incentivos como el consagrado en el acuerdo demandado que busca incrementar la productividad de ese sector, de conformidad con los artículos 64 y 65 superiores.

Por lo expuesto, el cargo relativo a que en el artículo 76 de la Ley 715 de 2001 no se contempla dicho gasto no tiene vocación de prosperidad.

Por otro lado, según la observación propuesta por el Gobernador de Boyacá, el acuerdo acusado vulnera lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, puesto que de la lectura de los artículos 1° y 5° del mismo se puede deducir que encubre una autorización al alcalde para hacer una donación a particulares lo cual no es permitido por dicho precepto constitucional.

Respecto a dicha observación, advierte la Sala que de conformidad con el artículo 355 superior, es cierto como lo manifiesta el Gobernador, que existe una prohibición constitucional general dirigida a las ramas u órganos del poder público, de decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, artículo que debe interpretarse de acuerdo a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional, en las sentencias C-1174 de 2001, C- 507 de 2008 y C- 027 de 2016, según las cuales dicha prohibición no es absoluta.

Analizando las disposiciones acusadas del acuerdo N° 002 de 2017, encuentra esta Corporación que en las mismas, el Concejo Municipal de Chiscas i) creó un incentivo para el desarrollo rural y agropecuario en el municipio de

Chiscas, consistente en el otorgamiento de un subsidio de hasta el cuarenta por ciento (40%) sobre el valor de la hora de alquiler del tractor dentro del Municipio de Chiscas, de conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 210 del Estatuto de Rentas del Municipio de Chiscas, contenido en el acuerdo Municipal 028 del 30 de noviembre de 2014, como estrategia para garantizar una producción sostenible y el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad que se dedica a labrar el campo y ii) autorizó a la Tesorería Municipal de Chiscas que realice operaciones y movimientos presupuestales internos necesarios para cubrir el valor del incentivo.

Por lo expuesto, la Sala concluye que resulta claro que en tales disposiciones normativas lo que se está autorizando es una donación cuyo otorgamiento por parte de las entidades estatales fue prohibido por el artículo 355 superior.

Ahora bien, según se explicó previamente **tal prohibición no es absoluta** pues en sede jurisprudencial la Corte Constitucional ha decantado **que en ciertos eventos y bajo el cumplimiento de determinadas exigencias, habrá lugar a avalar el otorgamiento de auxilios y donaciones.**

En ese orden de ideas, con miras a determinar la legalidad del acto objeto de observaciones, resulta necesario en primer lugar entrar a analizar si la donación autorizada cumple con los requisitos señalados en la sentencia C-507 de 2008, como excepción a la prohibición contenida en el artículo 355 superior.

Como quedó dicho, en la sentencia C- 507 de 2008 se señaló que los requisitos para que sea procedente conferir recursos públicos sin contraprestación económica son:

1. Que el otorgamiento del beneficio se fundamente en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice.

2. Que se respete el principio de igualdad

3. Que el auxilio se encuentre reflejado en el Plan de Desarrollo y en el Plan de Inversión.

4. Que se respete el principio de legalidad del gasto.

En el asunto sub examine podría decirse que el otorgamiento de un subsidio de hasta el 40% sobre el valor de la hora de alquiler del tractor dentro del Municipio de Chiscas tiene por finalidad lograr un punto de equilibrio para los trabajadores del campo, en aras de mejorar progresivamente su capacidad adquisitiva y ello redunde en el mejoramiento de la calidad de vida de ellos y sus familias, como una estrategia que contribuya a garantizar la seguridad alimentaria, máxime si se tiene en cuenta que en su gran mayoría "*...el campesino y productor agropecuario Chiscano, no cuenta con los recursos suficientes para cubrir una hora de tractor a este costo tan elevado, y continuar así traería como negativa consecuencia la improductividad de las tierras aptas para la producción agrícola*", con fundamento en los artículos 64 y 65 superiores.

Cosa distinta ocurre respecto del principio de legalidad del gasto, que se refiere a que en tiempos de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, **ni hacer erogación con cargo al tesoro municipal que no se halle incluida en el de gastos. Tampoco se podrá hacer ningún gasto público que no haya sido decretado por el concejo municipal, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto**. (Artículo 345 de la Carta Política).

Tal como se expuso, el gobierno municipal debe formular anualmente el presupuesto de rentas y gastos que debe corresponder al plan municipal de desarrollo y presentarlo al concejo municipal dentro de los términos establecidos. En los gastos no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado

conforme a normas anteriores, o a uno propuesto por el gobierno para atender el funcionamiento del municipio, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al plan municipal de desarrollo. (Artículo 346 de la Carta Política).

El presupuesto debe contener la totalidad de los gastos que el municipio pretende realizar durante la vigencia fiscal respectiva. (Artículo 347 de la Carta Política).

Tanto los ingresos como los gastos que tenga el municipio, deben estar contenidos en un mismo documento **-Unidad Presupuestal-**, y ser presentados de forma simultánea para su aprobación por parte del concejo del respectivo municipio.

Por último, "*El presupuesto contendrá la totalidad de los gastos públicos que se espere realizar durante la vigencia fiscal respectiva. En consecuencia, ninguna autoridad podrá efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al Tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto*"[8], principio de **Universalidad**[9].

Bajo estas premisas resulta claro en el presente caso que se ha incumplido con el principio de legalidad del gasto, dado que el auxilio no se encuentra previsto en el presupuesto municipal, lo cual se pone en evidencia con el hecho de que en el artículo 5° (disposición que también fue atacada) se autorice a la tesorería general del municipio de Chiscas para que realice las operaciones y movimientos presupuestales internos[10] necesarios para cubrir el valor del incentivo descrito.

---

[8] COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 111 (15, noviembre, 1996). Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Bogotá D.C. Diario Oficial 42692 de enero 18 de 1996. Artículo 15.

[9] Sobre este principio se ahondará más adelante en esta misma sentencia.

[10] Son operaciones de apropiación presupuestal por traslado de recursos desde otros rubros, sin que se aumente el monto total del presupuesto. En esta operación se presentan contracréditos y créditos. Los contracréditos son las disminuciones de la suma apropiada inicialmente con el objeto de incrementar o acreditar la apropiación de otros rubros. **Los créditos son incrementos de la suma apropiada inicialmente en alguno (s) de los rubros del gasto**, cuyo origen está en la necesidad de fortalecer su capacidad de acción.

Aunado a que el Alcalde del municipio de Chiscas y al Tesorero del ente territorial guardaron silencio y no certificaron si el incentivo para el desarrollo rural y agropecuario, consistente en el otorgamiento de un subsidio de hasta el 40% sobre el valor de la hora de alquiler del tractor se encuentra consignado en el Plan de Desarrollo, en el Plan de Inversión y en el Presupuesto de rentas y gastos del municipio de Chiscas de la vigencia fiscal 2017 (f. 56).

Así pues, se quebranta el principio de legalidad del gasto, además porque las modificaciones al presupuesto municipal por creación de nuevos rubros o partidas deben ser efectuadas mediante acuerdo por parte del concejo a iniciativa del alcalde, sin que pueda dicha corporación trasladar esa potestad al mandatario municipal.

Desde esta perspectiva resulta claro que, tal y como lo expuso el Gobernador de Boyacá, el acuerdo acusado contiene una donación que si bien cumple un objetivo a fin a la Constitución, incumple con uno de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para el otorgamiento excepcional de auxilios y donaciones por parte de entidades públicas a particulares, -la legalidad del gasto- lo que lleva a que se deba declarar la invalidez del acuerdo 002 de 2017.

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

FALLA:

PRIMERO. DECLARAR LA INVALIDEZ del Acuerdo 002 del 2017 proferido por el Concejo Municipal de Chiscas, conforme a la motivación expuesta.

SEGUNDO. Comuníquese esta determinación al Departamento de Boyacá, al Presidente del Concejo, al Alcalde y al Personero Municipal de Chiscas.

En firme esta providencia procédase a su archivo dejando las anotaciones y constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión ordinaria de la fecha.

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifico por estado
No. 11 de hoy. 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

9 AC

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja, 24 ENE 2018

Acción : **Validez de Acuerdo Municipal**
Demandante : **Departamento de Boyacá**
Demandado : **Municipio de Tinjacá**
Expediente : **15001-23-33-000-2017-00277-00**

Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala de Decisión No. 2 de la Corporación a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el Departamento de Boyacá en contra de la validez del Acuerdo No. 002 del 25 de febrero de 2017 "*por medio del cual se crea el cargo de inspector de policía y se dictan otras disposiciones*"

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor que por esta Corporación se declare la invalidez del Acuerdo 002 del 25 de febrero de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Tinjacá.

Finalmente, solicita que se emita pronunciamiento frente a la situación planteada y a la actuación que debe surtir posteriormente el funcionario competente del municipio, ante lo expuesto en el concepto de violación.

II. HECHOS

El Concejo Municipal de Tinjacá expidió el Acuerdo Municipal No. 002 del 25 de febrero de 2017, el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 16 de marzo de 2017.

Al realizar la revisión jurídica ordenada en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política el Gobernador de Boyacá observó que el acto objeto de esta demanda es contrario a la Ley.

Estima como normas violadas el artículo 19 de la ley 785 de 2005, y el artículo 206 de la ley 1801 de 2016.

Para explicar el concepto de violación, tomando como referente la normatividad invocada, manifiesta que el acuerdo objeto de revisión proferido por el Concejo Municipal de Tinjacá desconoce las normas antes descritas, por las siguientes razones:

Sostiene que el Concejo Municipal en el acuerdo demandado cita en su artículo primero, la creación del cargo de la planta de personal basado en la ley 1801 de 2016, "*...siendo evidente que la norma no fue analizada, pues es esta misma la que reglamenta en el artículo 206 parágrafo 3° que es necesario para la creación del cargo en los municipio de 6 categoría que se ostente la formación técnica o la terminación y aprobación de los estudios de la carrera de derecho en caso de ser zona rural, pero no profesional, toda vez que este nivel es para los municipios de categoría especial 1 y 2... la ley es clara en especificar que para los municipios de 3 a 6 categoría el nivel que se exige es TECNICO, así ya haya terminado y aprobado los estudios de la carrera de derecho*".

Por último, afirma que el citado acuerdo en el artículo 2 identifica el cargo de inspector de policía para el municipio de Tinjacá, basándose en el código 234, "*...siendo esto contrario a la norma, toda vez que el municipio en mención corresponde a la 6 categoría, por lo cual el nivel profesional no corresponde a la misma, y no es posible implementar el cargo de inspector de policía para el municipio bajo estos parámetros*".

III. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja (f. 5) siendo admitida por el despacho (fl. 34), sometiéndola a las ritualidades propias del proceso previstas en el artículo 151 del C.P.A.C.A. y en el Decreto 1333 de 1986.

2. Dentro del término de fijación en lista (fl.37), se pronunció el Concejo de Tinjacá (f.39) y el municipio de Tinjacá (f. 61) en los siguientes términos:

El **Concejo Municipal de Tinjacá** (f. 39), a través de su presidente, solicita que se declare su validez, toda vez que le dieron el trámite correspondiente.

El **Municipio de Tinjaca,** a través su apoderado, solicita que se declare la validez del acuerdo demandado.

Manifiesta que la definición del código y el nivel del empleo definido en el acuerdo obedece a un error involuntario, al clasificarlo en el código 234 del nivel profesional, la que puede ser objeto de corrección.

Por último, señala que la inconsistencia en relación con la denominación del cargo de inspector de policía, solo versa en los consignado en el código y nivel, "*...pues en sí está vinculado al nivel TECNICO, ya que la remuneración establecida para este cargo es de... $1,475.000 acorde a los empleos del nivel técnico de la entidad*".

3. Mediante providencia del 31 de mayo de 2017 (*f. 73*) se abrió el proceso a pruebas, tomándose con todo su valor probatorio los documentos aportados con el escrito demandatorio y sus contestaciones. Además como no había pruebas por practicar, se prescindió del término probatorio, en tanto se

encontraban aportadas al proceso y las mismas satisfacen el objeto de la acción.

Se decide, previas estas,

IV- CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico. En esta oportunidad le corresponde a esta Corporación determinar si el Concejo Municipal de Tinjacá vulneró las normas indicadas, con la expedición del Acuerdo 002 de 2017, al crear el cargo de inspector de policía con código 234 y nivel profesional, como quiera que el departamento de Boyacá estima que no lo podía hacer por ser un municipio de sexta categoría, en cuyo caso debía crearse con nivel técnico[1].

Con el fin de despejar el problema jurídico inmerso en la solicitud de invalidez del referido acuerdo, la Sala efectuará algunas consideraciones previas sobre i); estudio en sede de validez y ii) la solución del caso concreto.

2. Estudio en sede de validez

Los **límites de la decisión están determinados por los argumentos del solicitante y de manera concreta por las razones de derecho de la solicitud de invalidez**. Se plantea, pues, para el Tribunal la imposibilidad de un examen general de legalidad del acuerdo, ya que cuando en ejercicio del control de legalidad o constitucionalidad se revisa un acuerdo objetado por el Gobernador, el estudio que corresponde a la corporación se limitará a las razones expuestas en la solicitud de invalidez, frente a los preceptos constitucionales o legales por el invocados y con los cuales **se hace la confrontación**.

[1] El problema jurídico se decide con fundamento en un caso similar decidido por la Dra Clara Elisa Cifuentes Ortiz. demandado municipio de Soracá. expediente: 15001 2333 000 2017 00756 00. "Invalidez Acuerdo Municipal No. 012 de 8 de septiembre de 2017"

No corresponde en este procedimiento un análisis total ni oficioso de los acuerdos demandados, que agote las referencias a **la integridad de los preceptos constitucionales y/o legales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio**. Por ello es necesario establecer con toda claridad cuáles son los reproches del ejecutivo, atendiendo **exclusivamente aquellos aspectos a los que se contrajo el escrito de invalidez presentado por el Gobernador**; es este análisis y ningún otro el que permite determinar si la solicitud de invalidez puede ser acogida total o parcialmente.

Este es el mismo ejercicio que procede en ese de control constitucional. Según la Corte Constitucional C-1036 de 2003 de acuerdo con constante jurisprudencia[2] "*el examen que realiza la Corte de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República, ante la insistencia del Congreso, por infringir la Constitución Política,* ***se restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia****, aspectos que son los que limitan el alcance la cosa juzgada constitucional (...)*" Resaltado fuera de texto.

Y en sentencia C- 256 de 1997 se precisó que *"(...) Considera la Corte que cuando, en ejercicio del control previo de constitucionalidad, ella revisa un determinado proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, el examen que efectúa hace tránsito a cosa juzgada constitucional. No obstante, como las objeciones presidenciales no siempre recaen sobre la totalidad de las normas integrantes del proyecto y, si son de carácter formal, señalan apenas unos específicos motivos de violación de la Carta,* ***los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte. Por tanto, la***

[2] Sentencias C-176, C-482, C-913, C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997, entre otras.

cosa juzgada es en tales casos relativa, *pues la exequibilidad que se declara no proviene normalmente de un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio." (Resaltado fuera de texto).*

En suma, el control que corresponde ejercer al Tribunal en los casos de revisión de validez de acuerdos municipales no es de oficio ni comporta, por tanto, un cotejo con todo el ordenamiento en el que deben sustentarse; es por el contrario un control rogado que debe limitarse al examen de los cargos formulados en la respectiva solicitud sin que pueda extenderse a otras disposiciones que no fueran atacadas, ni comprender el análisis de normas cuya violación no fue invocada por el actor.

Como en el presente caso corresponde a esta Corporación determinar si el Concejo Municipal de Tinjacá vulneró las normas indicadas, con la expedición del Acuerdo 002 de 2017, al crear el cargo de inspector de policía con código 234 y nivel profesional, como quiera que el departamento de Boyacá estima que no lo podía hacer por ser un municipio de sexta categoría, en cuyo caso debía crearse con nivel técnico, se deberá traer a colación la siguiente normatividad:

Conforme al numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política; corresponde a los Concejos municipales:

> "Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta" (subrayado fuera de texto)

El Decreto 785 de 2005 "*por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las*

entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004", dispone en el artículo 19 lo siguiente:

> **Artículo 19.** Nivel Técnico. El Nivel Técnico está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:
>
> | Cód. | Denominación del empleo | |
> |---|---|---|
> | (...) | | |
> | **303** | **Inspector de Policía 3ª a 6ª Categoría** | (...) |
>
> **Artículo 21.** De las equivalencias de empleos. Para efectos de lo aquí ordenado, fíjense las siguientes equivalencias de los empleos de que trata el Decreto 1569 de 1998, así:
>
> ...
>
	Nivel Técnico		Nivel Técnico
403	Almacenista Auxiliar	367	Técnico Administrativo
435	Auxiliar de Vuelo	335	Auxiliar de Vuelo
405	**Inspector de Policía 3ª a 6ª Categoría**	**303**	**Inspector de Policía 3ª a 6ª categoría**

Basta confrontar la decisión contenida en el acto acusado y la ley, para concluir que:

- Aplica para el cargo de Inspector de Policía de municipio en categorías 3ª a 6ª**, el nivel es técnico**, como se precisa en el artículo 19 trascrito.

- Aplica para el cargo de Inspector de Policía de municipio en categorías 3ª a 6ª, el **nivel de técnico, con Código 303.**

3. La solución del caso concreto

La presente demanda está encaminada a que se declare la invalidez del acuerdo N° 002 de 2017 "*Por medio del cual se crea el cargo de Inspector de Policía y se dictan otras disposiciones*", acto administrativo que ubicó en nivel profesional y otorgó otro código al cargo de Inspector de Policía, desconociendo que la clasificación del nivel, del código y de la denominación

del cargo, contenida en el artículo 19 del Decreto 785 de 2005, situación que fue ratificada en el parágrafo 3° del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016 al disponer que para ejercer ese cargo en municipios de 3ª a 6ª categoría, la formación técnica corresponderá a la terminación de materias de la carrera de derecho. En consecuencia, el cargo de inspector de policía debe ubicarse en el nivel técnico e identificarse con el código 303 y no con el nivel profesional con código 234, como erróneamente se consagró en la norma demandada.

Así pues, en esta oportunidad le corresponde a esta Corporación determinar si el Concejo Municipal de Tinjacá vulneró las normas indicadas, con la expedición del Acuerdo 002 de 2017 al crear en la planta de personal de la administración municipal el cargo de inspector de policía con código 234 y nivel profesional, como quiera que el departamento de Boyacá estima que no lo podía hacer por ser un municipio de sexta categoría, en cuyo caso debía crearse con nivel técnico.

El acuerdo número *002 DE 2017 "POR MEDIO DEL CUAL SE CREA EL CARGO DE INSPECTOR DE POLICÍA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"* expedido por el Concejo Municipal de Tinjacá, establece en sus consideraciones y parte resolutiva lo siguiente:

> "...Que actualmente en la planta de personal la administración municipal no existe el cargo de inspector de policía, dado que dicha actividad la ejerce el Secretario de Gobierno, de acuerdo con el Decreto 001 del 05 de enero de 2016.
>
> Que igualmente el parágrafo 3 del citado artículo 206, establece que para los efectos previstos en los artículos 18 y 19 del Decreto 785 de 2005 la formación profesional para desempeñar los cargos de inspector de policía urbano categoría especial 1 y 2 será únicamente la de abogado y la formación técnica para el desempeño de los cargos de inspector de policía 3 a 6 categoría e inspector de policía rural requerirá la terminación y aprobación de los estudios de la carrera de derecho.
>
> ...
>
> En mérito de lo anteriormente expuesto el concejo Municipal de Tinjacá.

ACUERDA:

ARTICULO PRIMERO: Crear en la planta de personal de la administración Municipal de Tinjacá, con fundamento en lo dispuesto en la ley 1801 de 2016 el cargo de Inspector de Policía.

ARTICULO SEGUNDO: El funcionario que ejerza las funciones de Inspector de Policía, tendrá la siguiente

IDENTIFICACIÓN	
Denominación del empleo:	INSPECTOR DE POLICÍA
Codigo:	234
Grado:	07
Nivel:	Profesional
N° de cargos:	Uno (01),
Naturaleza del cargo:	Carrera Administrativa
Dependencia:	Despacho del alcalde
Salario:	1,475,000
Cargo del jefe inmediato:	Alcalde municipal

(...)
ARTICULO TERCERO: el aspirante al cargo de inspector de policía deberá cumplir los siguientes:

REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA	
ESTUDIOS	**EXPERIENCIA**
Deberá haber terminado los estudios de derecho, y acreditar para su posesión dicho requisito.	Acreditar experiencia en conciliación mínima de seis (06) meses.

(...)

Se tiene entonces que al confrontar la decisión contenida en el acto acusado y la ley, se puede concluir que:

- El cargo de Inspector de Policía de municipios en categorías 3ª a 6ª, **pertenece al nivel técnico,** y no al profesional, como se precisa en el artículo 19 trascrito.

- El cargo de Inspector de Policía de municipio en categorías 3ª a 6ª, pertenece al **nivel técnico, con un Código 303** y no el de 234.

De lo anterior la Sala concluye sin más explicación, que debe declararse la invalidez del Acuerdo demandado, dado que la clasificación del cargo de Inspector de Policía, por vulneración de lo dispuesto en los artículos 19 y 21 del Decreto 785 de 2005.

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

FALLA:

PRIMERO. DECLARAR INVALIDEZ del Acuerdo 002 de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Tinjacá, conforme a la motivación expuesta.
SEGUNDO. Comuníquese esta determinación al Departamento de Boyacá, al Presidente del Concejo, al Alcalde y al Personero Municipal de Tinjacá.

En firme esta providencia procédase a su archivo dejando las anotaciones y constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión ordinaria de la fecha.

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Ausente Con Permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifico por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	LILIA INES MALAVER OCHOA Y OTROS
DEMANDADO:	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES
REFERENCIA:	150012333000-**2017-00317**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Visto el informe secretarial que antecede, advierte el Despacho que el proceso se encuentra pendiente de fijar fecha para llevar a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del C.P.A.CA.

Así las cosas, se fija el día **MARTES VEINTISIETE (27) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS DOS Y TRENTA DE LA TARDE (2:30 P.M.)**, para realizar la referida audiencia.

Por otra parte, observa el Despacho que a folio 40 y ss se encuentra el poder otorgado por las partes al abogado Byron Hernán Sánchez Prieto, razón por cual se procederá a reconocer personería en los términos y para los efectos del memorial poder conferido.

Por lo anteriormente expuesto se,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- FIJAR el día **MARTES VEINTISIETE (27) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS DOS Y TRENTA DE LA TARDE (2:30 P.M.)**, a fin de celebrar la Audiencia inicial de que trata el art. 180 del CPACA.

Para los apoderados judiciales de los diferentes sujetos procesales, la asistencia a la mencionada Audiencia es de carácter obligatorio y si no comparecen con justa causa se le impondrá la multa correspondiente, en los términos previstos en el numeral 4 del artículo 180 del CPACA;

para lo cual, se les insta a fin de que se presenten con 15 minutos de antelación a la hora programada para la audiencia.

Igualmente se dispone citar al Ministerio Público.

SEGUNDO: Reconózcase personería al abogado Byron Hernán Sánchez Prieto, identifiado con la C.C. No. 6.766.484 de Tunja y T.P. No. 52.904 del C.S de la Ju, para actuar como apoderada judicial de la parte demandada, en los términos y para los efectos del memorial poder conferido, y que obra a folios 40 y ss, conforme se expuso en la parte motiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 17 De Hoy ----------
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

16 AC 05

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja, 24 ENE 2018

Acción : **Validez de Acuerdo Municipal**
Demandante : **Departamento de Boyacá**
Demandado : **Municipio de Belén**
Expediente : **15001-23-33-000-2017-00381-00**

Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala de Decisión No. 2 de la Corporación a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el Departamento de Boyacá en contra de la validez del Acuerdo No. 001 del 2017, "*Por el cual se crea el fondo municipal para acceder a la educación superior, tecnológica y/o técnica, dirigido a los bachilleres Belemitas, con los mejores resultados en las pruebas de estado, de instituciones educativas oficiales del nivel sisben 1 y 2 del municipio de Belén Boyacá*".

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor que por esta Corporación se declare la invalidez del Acuerdo 001 del 2017, expedido por el Concejo Municipal de Belén.

Igualmente, solicita que se emita pronunciamiento frente a la situación planteada y a la actuación que debe surtir posteriormente el funcionario competente del municipio, ante lo expuesto en el concepto de violación.

II. HECHOS

El Concejo Municipal de Belén expidió el Acuerdo Municipal No. 001 del 2017, el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento (f. 11) para su revisión.

Al realizar la revisión jurídica ordenada en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, el Gobernador de Boyacá observa que el acto objeto de esta demanda es contrario a la Constitución Política y a la Ley.

Estima como normas violadas: los artículos 6, 8 y 91 de la La Ley 715 de 2001; los artículos 1 y 2 de la Ley 1012 de 2006, y el artículo 72 de la Ley 136 de 1994.

Para explicar el concepto de violación, tomando como referente la normatividad invocada, manifiesta que el acuerdo objeto de revisión proferido por el Concejo Municipal de Belén desconoce las normas antes descritas, por las siguientes razones:

El demandante aduce que los rendimientos financieros de los recursos del sistema general de participaciones que se generan una vez entregados a las entidades territoriales, se invertirán en el mismo sector para el cual fueron transferidos, en el caso de participación para educación se invertirán en mejoramiento de calidad.

Expresa que las normas en cita son puntuales al establecer las competencias de los municipios no certificados en el sector educación con recursos del SGP, entre los cuales no se encuentra el de cubrir gastos de educación superior y tecnológica.

Por consiguiente, asegura que el Concejo Municipal de Belén al expedir el Acuerdo 001 de 2017 viola ostensiblemente las normas en cita, al establecer

en su artículo 3° que "*El fondo se financiará con los recursos que le asigne anualmente en el presupuesto, sector educación, los cuales en ningún caso serán inferiores a 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes, en cada período, más el producto de los rendimientos financieros del mismo y los reintegros hechos por los beneficiarios del fondo, como también de los recursos privados de origen lícito que este pueda percibir*".

Así las cosas, manifiesta que al crear con recursos del SGP del sector de educación un fondo para financiar el subsidio para las becas, destinado al pago de matrículas dirigidas a los estudiantes declarados como bachilleres Belemitas con los mejores resultados en las pruebas de Estado, viola ostensiblemente el artículo 8 de la Ley 715 de 2001, "*...puesto que con los recursos de educación no se pueden financiar becas, máxime cuando son recursos de forzosa inversión y tienen una destinación específica*".

Reitera que los rendimientos financieros de los recursos de participación para educación del SGP se invertirán en mejoramiento de la calidad, es decir, para i) Dotación de establecimientos educativos: mobiliarios, textos, bibliotecas, materiales didácticos, y audiovisuales, ii) Construcción, mantenimiento y adecuación de establecimientos educativos, y para iii) Servicios públicos y funcionamiento de los establecimientos educativos municipales.

En relación con la becas trae a colación el artículo 2° de la Ley 1012 de 2006 en el que se prevé que los municipios puedan crear o constituir fondos destinados a créditos educativos universitarios con **recursos propios** del Municipio.

De otra parte, señala que el alcalde de Belén no cumplió con lo ordenado en el artículo 72 de la Ley 136 de 1994 al presentar el proyecto de acuerdo objeto de esta litis al Concejo Municipal, "*...puesto que no lo acompañó con una*

exposición de motivos en la que se expliquen sus alcances y las razones que los sustentan con una norma que no tienen nada que ver con el tema".

Por último, señala que el Concejo Municipal con la expedición del Acuerdo 001 de 2017 no solamente viola las normas en cita sino también usurpa funciones al Congreso de la República (Numeral 1 del artículo 150 CP).

III. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja (f. 5) siendo admitida por el despacho mediante (fl. 33), sometiéndola a las ritualidades propias del proceso previstas en el artículo 151 del C.P.A.C.A. y en el Decreto 1333 de 1986.

2. Dentro del término de fijación en lista (fl.35), se pronunció el Municipio de Belén (f. 36) y el Concejo Municipal (f. 62).

El **municipio de Belén,** a través de apoderado, solicita que se declare la validez del acuerdo demandado, como quiera que "*...las entidades territoriales cuentan con autorización legal para crear* ***fondos educativos que permita el apoyo o ayuda a los estudiantes de bajos ingresos económicos para acceder a la educación superior***", de acuerdo con la Ley 1012 de 2005 art. 1.

Dice que con base en la facultad con que cuentan las entidades territoriales de crear fondos educativos, el Concejo Municipal de Belén (Boyacá) expidió el citado acuerdo municipal.

Manifiesta contrario a lo expuesto por el departamento de Boyacá, que junto al proyecto de acuerdo se acompañó la exposición de motivos que tuvo como sustento el artículo 67 de la Constitución Política y el acuerdo municipal 07

del 9 de febrero de 2017, por medio del cual se aprueba y adopta el plan de desarrollo "La Voluntad de un pueblo", para la vigencia 2016-2019, donde se contempló como estrategia para el sector educación propiciar mecanismos para la creación de un fondo de becas, que facilite el ingreso a la educación técnica y superior dirigido a los estudiantes que obtengan el mayor promedio en las pruebas que práctica el estado a egresados de las instituciones educativas oficiales del municipio de Belén.

Aduce que el hecho que no se hubiese mencionado expresamente en el contenido del acuerdo municipal demandado, la Ley 30 de 1992 artículos 111 y 114, con las modificaciones introducidas especialmente en la Ley 1012 de 2005, donde se faculta a las entidades territoriales para crear fondos educativos que permita el apoyo o ayuda a los estudiantes de escasos recursos económicos para el acceso a la educación superior, no quiere decir que el mencionado acuerdo las hubiese desconocido.

Por otro lado, expone que los recursos del SGP tienen una destinación específica para el sector educativo, según lo establece el artículo 3° de la Ley 715 de 2001.

Informa que para la administración de esos recursos, tratándose del sector de educación, y para el caso de municipios no certificados como lo es Belén, "*...no puede asumir la administración autónoma de los recursos del Sistema General de Participaciones destinados a la prestación de los servicios educativos a cargo del Estado, por ende, la competencia que radica en el Departamento de Boyacá, tal y como lo prevé el artículo 6.2.2 de la Ley 715 de 2001*"

Sin embargo, alega que el artículo 8.1 ibídem le otorga a los municipios no certificados, la función de administrar y distribuir los recursos del SGP que se

le asignen para el mantenimiento y mejoramiento de la calidad en el sector educativo.

Que de acuerdo con los artículos 18 y 91 de la Ley 715 de 2001 reglamentado por el Decreto 1101 de 2007, los municipios deben administrar los recursos del SGP para educación en cuentas especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales, lo que quiere decir que no habrá unidad de caja con las demás rentas y recursos.

Por lo expuesto, concluye que el municipio de Belén no puede destinar los recursos provenientes del SGP a cuestiones diferentes a las previstas en la norma (CP y Ley 715 de 2001), por ser de destinación específica, los cuales no hacen unidad de caja con los recursos del presupuesto.

En consecuencia, asevera que como los recursos del presupuesto no hacen unidad de caja con los del SGP, "*...es equivocado afirmar que el artículo 3° del acuerdo No. 001 de 2017, desconoce el artículo 8° de la Ley 715 de 2001, pues lo que se estipula claramente en el acto administrativo es que el fondo creado para el acceso a la educación superior se financiará con recurso del presupuesto de un sector determinado (educación), más no con los del Sistema General de Participaciones, los cuales, se reitera se encuentran en cuentas especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades*".

Arguye que de la lectura juiciosa del artículo 3° del acuerdo municipal No. 001 de 2017, en ningún momento se puede leer o interpretar que la fuente de financiación del fondo educativo sean los recursos del SGP, "*...pues lo único que determina es que se financiará con recursos que anualmente se asignen en el presupuesto, sector educación y estos son totalmente diferentes a los provenientes del sistema general de participaciones, una interpretación diferente es desconocer las normas de presupuesto*".

Argumenta que tampoco es posible pensar que los recursos del SGP vayan a financiar el mencionado fondo, toda vez que estos están previstos específicamente para el sector educativo, cuando se trata en aspectos relacionados con la prestación del servicio público de la educación en los niveles prescolar, básico y medio, en el área urbana y rural.

Reitera que las afirmaciones que hace el departamento de Boyacá carecen de todo fundamento jurídico, "*pues en ningún momento el acto administrativo hace referencia a los recursos del sistema general de participaciones, los cuales son sagrados desde el punto de vista constitucional y legal y no pueden destinarse a cubrir gastos de educación superior*".

Por último, indica que el citado acuerdo está ajustado a derecho, "*...por cuanto los recursos que financiaran el fondo municipal para acceder a la educación superior tecnológica y/o técnica, son recursos del presupuesto municipal sector educación, diferentes a los sistema general de participaciones, es decir, son recursos propios, cumpliéndose así los presupuestos de los artículos 111 y 114 de la Ley 30 de 1992 modificados por la Ley 1012 de 2005*".

El **Concejo Municipal de Belén,** a través de su presidente, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda y en su lugar se declare la validez del acuerdo.

Resalta que en el acuerdo municipal demandado no se consigna en la parte motiva y resolutiva el origen de los recursos, resaltando que el Acuerdo No. 021 de 2016 "*Por medio del cual se fija el computo de rentas y gastos del presupuesto del municipio de Belén para la vigencia fiscal comprendida entre el 01 de enero y el 31 de diciembre del año... 2017*" en los gastos de presupuesto se encuentra el programa "*la voluntad de un pueblo, es Belén más educada, subprograma Fondo de Educación Superior:*

Becas/subsidios/créditos, se tiene destinado ***Diez millones de pesos $10.000.000*** *de la fuente de* ***recursos propios***".

Reitera que no se fundamenta ni comprueba que los recursos para financiar el citado fondo sean provenientes del SGP, aunado a que para crear ese tipo de fondos discrecionalmente por el departamento o municipio, "*...es obligación que los recursos tengan origen de rentas propias o recursos propios, pues se evidencia en el presupuesto municipal su fuente de financiación*".

Por otro lado, en relación con la exposición de motivos, advierte que para que un proyecto de acuerdo se convierta en acuerdo municipal debe ir acompañado de la misma, pues de lo contrario la corporación rechazará y devolverá el proyecto de acuerdo a quien por iniciativa lo haya presentado, concluyendo que "*...no es obligación que el acuerdo municipal se acompañe de una exposición, por tanto, que la exposición de motivos su único fin es ilustrar y motivar a que el proyecto de acuerdo sea aprobado*".

Finalmente, solicita que no se tomen en cuenta las pretensiones expuestas por el Departamento de Boyacá por incurrir en interpretaciones erróneas a la norma.

3. Mediante providencia del 16 de junio de 2017 (fl. 138), se abrió el proceso a pruebas, tomándose con todo su valor probatorio los documentos aportados con el escrito demandatorio y sus contestaciones. Además como no había pruebas por practicar, se prescindió del término probatorio, en tanto se encontraban aportadas al proceso y las mismas satisfacen el objeto de la acción.

Se decide, previas estas,

IV- CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

En esta oportunidad le corresponde a la Corporación determinar si el Concejo Municipal de Belén desconoció los artículos 6, 8 y 91 de la Ley 715 de 2001; los artículos 1° y 2° de la Ley 1012 de 2006, y el artículo 72 de la Ley 136 de 1994, al crear en el Acuerdo Municipal 001 de 2017 el Fondo Municipal para acceder a la educación superior, tecnológica y/o técnica dirigido a bachilleres Belemitas, con los mejores resultados en las pruebas de estado, de instituciones educativas oficiales de nivel Sisben 1 y 2 del municipio de Belén Boyacá, toda vez que el departamento de Boyacá asegura que se financiará con recursos del Sistema General de Participaciones -sector educación- que son de forzosa inversión y tienen una destinación específica, en vez de hacerlo con recursos propios. Además, el departamento de Boyacá afirma que el alcalde de Belén no cumplió con lo ordenado en el artículo 72 de la Ley 136 de 1994 al presentar el proyecto de acuerdo objeto de esta litis al Concejo Municipal, sin la respectiva exposición de motivos.

Con el fin de despejar el problema jurídico inmerso en la solicitud de invalidez del referido acuerdo y en las respuestas dadas por las autoridades municipales de Belén, la Sala efectuará algunas consideraciones previas sobre i) el estudio en sede de validez, ii) el presupuesto general de las entidades territoriales; ii) los fondos municipales; iii) el principio de unidad de caja y iv) la solución del caso concreto.

2. Estudio en sede de validez

Los **límites de la decisión están determinados por los argumentos del solicitante y de manera concreta por las razones de derecho de la solicitud de invalidez**. Se plantea, pues, para el Tribunal la imposibilidad de un examen

general de legalidad del acuerdo, ya que cuando en ejercicio del control de legalidad o constitucionalidad se revisa un acuerdo objetado por el Gobernador, el estudio que corresponde a la corporación se limitará a las razones expuestas en la solicitud de invalidez, frente a los preceptos constitucionales o legales por el invocados y con los cuales **se hace la confrontación**.

No corresponde en este procedimiento un análisis total ni oficioso de los acuerdos demandados, que agote las referencias a **la integridad de los preceptos constitucionales y/o legales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio**. Por ello es necesario establecer con toda claridad cuáles son los reproches del ejecutivo, atendiendo **exclusivamente aquellos aspectos a los que se contrajo el escrito de invalidez presentado por el Gobernador**; es este análisis y ningún otro el que permite determinar si la solicitud de invalidez puede ser acogida total o parcialmente.

Este es el mismo ejercicio que procede en ese de control constitucional. Según la Corte Constitucional C-1036 de 2003 de acuerdo con constante jurisprudencia[1] "*el examen que realiza la Corte de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República, ante la insistencia del Congreso, por infringir la Constitución Política,* ***se restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia****, aspectos que son los que limitan el alcance la cosa juzgada constitucional (...)*" Resaltado fuera de texto.

Y en sentencia C- 256 de 1997 se precisó que *"(...) Considera la Corte que cuando, en ejercicio del control previo de constitucionalidad, ella revisa un determinado proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, el examen que efectúa hace tránsito a cosa juzgada constitucional. No obstante,*

[1] Sentencias C-176, C-482, C-913, C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997, entre otras.

como las objeciones presidenciales no siempre recaen sobre la totalidad de las normas integrantes del proyecto y, si son de carácter formal, señalan apenas unos específicos motivos de violación de la Carta, ***los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte. Por tanto, la cosa juzgada es en tales casos relativa****, pues la exequibilidad que se declara no proviene normalmente de un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio." (Resaltado fuera de texto).*

En suma, el control que corresponde ejercer al Tribunal en los casos de revisión de validez de acuerdos municipales no es de oficio ni comporta, por tanto, un cotejo con todo el ordenamiento en el que deben sustentarse; es por el contrario un control rogado que debe limitarse al examen de los cargos formulados en la respectiva solicitud sin que pueda extenderse a otras disposiciones que no fueran atacadas, ni comprender el análisis de normas cuya violación no fue invocada por el actor.

3. El presupuesto general de las entidades territoriales

El artículo 266 del Decreto 1333 de 1986 "*Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal*" dispone que "*en el primer día de las sesiones ordinarias del mes de noviembre, el Alcalde presentará al Concejo el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia próxima. El acuerdo correspondiente deberá ser expedido por el Concejo Municipal durante las sesiones de noviembre cada año, incluido el período de prórroga*" (subrayado fuera de texto).

Por su parte el artículo 64 del Decreto 111 de 1996 *"Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto"*, consagra lo siguiente:

> **ARTÍCULO 64.** Si el proyecto de presupuesto general de la Nación no hubiere sido presentado en los primeros diez días de sesiones ordinarias o no hubiere sido aprobado por el Congreso, el Gobierno Nacional expedirá el decreto de repetición antes del 10 de diciembre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 348 de la Constitución Política.
>
> Para su expedición el gobierno podrá reducir gastos y en consecuencia suprimir o refundir empleos cuando así lo considere necesario teniendo en cuenta los cálculos de rentas e ingresos del año fiscal. En la preparación del decreto de repetición el gobierno tomará en cuenta:
>
> 1. Por presupuesto del año anterior se entiende, el sancionado o adoptado por el gobierno y liquidado para el año fiscal en curso.
>
> 2. Los créditos adicionales debidamente aprobados para el año fiscal en curso.
>
> 3. Los traslados de apropiaciones efectuadas al presupuesto para el año fiscal en curso (L. 38/89, art. 51; L. 179/94, art. 55, inc. 1°).
>
> **NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1645 de 2000".**

La anterior norma es aplicable a las entidades territoriales por mandato del artículo 109 del mismo decreto que les ordena expedir normas en materia presupuestal que sigan las mismas disposiciones del orden nacional, en los siguientes términos:

> "...**ARTÍCULO 109.** Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto en lo que fuere pertinente.
>
> Si el alcalde objeta por ilegal o inconstitucional el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, deberá enviarlo al tribunal administrativo dentro de los cinco días siguientes al recibo para su sanción. El tribunal administrativo deberá pronunciarse durante los veinte días hábiles siguientes.

> Mientras el tribunal decide, regirá el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, bajo su directa responsabilidad (L. 38/89, art. 94; L. 179/94, art. 52)" (subrayado fuera de texto).

Así pues, los componentes del presupuesto general del municipio son i) el presupuesto de rentas; ii) el presupuesto de gastos o acuerdo de apropiaciones, y iii) las disposiciones generales.

La estructura del presupuesto de gastos está conformada por los i) gastos de funcionamiento, ii) servicio de la deuda pública; iii) gastos de inversión social; iv) gasto público social y; v) gastos de funcionamiento e inversión de los establecimientos públicos.

En consecuencia, en la estructura del presupuesto de gastos que debe presentarse al concejo municipal debe indicarse los gastos de funcionamiento, los gastos de servicio de la deuda pública y los gastos de inversión, determinando los sectores, los programas y procedencia del recurso por cada uno, atendiendo el presupuesto de ingresos.

En relación con los gastos de inversión con recursos del **Sistema General de Participaciones**, de ahora en adelante, SGP, se debe advertir que dicho sistema es el conjunto de recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política (modificados por los actos legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007) a las entidades territoriales –departamentos, distritos y municipios- para la financiación de los servicios a su cargo y de las competencias asignadas por las Leyes 715 de 2001, 1122 y 1176 de 2007.

El Sistema General de Participaciones está compuesto por i) un conjunto de cuatro asignaciones especiales (alimentación escolar, municipios ribereños del Río Grande del Magdalena, resguardos indígenas y Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet) y otro integrado por ii) las

asignaciones sectoriales (**educación**, salud, agua potable y saneamiento básico y una participación de propósito general).

De acuerdo a la distribución sectorial del SGP, la participación para educación es del 58.5%, los cuales deben ser destinados a financiar la prestación de los servicios educativos (salarios del personal docente y administrativo de las instituciones educativas del municipio, aportes patronales del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones de Magisterio, cuota de administración, construcción de infraestructura, mantenimiento, pago de servicios públicos y funcionamiento de instituciones educativas, provisión de la canasta educativa y el mantenimiento, evaluación y promoción de la calidad)[2].

Las competencias de los municipios no certificados en el sector educación son de acuerdo con el artículo 8° de la Ley 715 de 2001 las siguientes:

- Administrar y distribuir los recursos del SGP, que se le asignen para el mantenimiento y mejoramiento de la calidad.
- Trasladar plazas y docentes entre sus instituciones educativas
- Con recursos propios pueden financiar los servicios educativos a cargo del Estado y las inversiones de infraestructura, calidad y dotación.
- Suministrar información al departamento y a la Nación con calidad y oportunidad.

Así pues, para el caso de los municipios no certificados los recursos para la educación serán administrados por el departamento[3].

[2] Ley 715 de 2001, art. 38, parágrafo 1
[3] Ley 715 de 2001, art. 16

3. Fondos educativos

El artículo 67 de la Constitución Política consagra que "*corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo*".

En desarrollo de esos mandatos constitucionales el legislador profirió la Ley 1012 de 2006 "*Por medio de la cual se reforman los artículos 111 y 114 de la Ley 30 de 1992, sobre Créditos Departamentales y Municipales para la Educación Superior*", autorizando a las entidades territoriales la posibilidad de crear los fondos de crédito educativo a nivel departamental y municipal para la educación superior, fundamentado en los postulados de la descentralización a que alude la Constitución Política de tal manera que las comunidades se auto gobiernen y resuelvan sus propios asuntos. En los artículos 1° y 2° se consagra lo siguiente:

"Artículo 1°. El artículo 111 de la Ley 30 de 1992 quedará así:

Artículo 111. Con el fin de facilitar el ingreso y permanencia en las instituciones de educación superior a las personas de escasos ingresos económicos, la Nación, las entidades territoriales y las propias instituciones de este nivel de educación, establecerán una política general de ayudas y créditos para los mencionados estudiantes. Su ejecución le corresponderá al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, y a los Fondos Educativos Departamentales y Municipales que para tales fines se creen. Estas entidades determinarán las modalidades o parámetros para el pago que por concepto de derechos pecuniarios hagan efectivas las instituciones de educación superior".

Artículo 2°. El artículo 114 de la Ley 30 de 1992 quedará así:

Artículo 114. Los recursos fiscales de la Nación destinados a becas o a créditos educativos universitarios en Colombia, deberán ser girados exclusivamente al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, y a él corresponde su administración.

Parágrafo 1°. Los recursos que por cualquier concepto reciban las distintas entidades del Estado para ser utilizados como becas, subsidios o créditos educativos, deberán ser trasladados al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, o a los Fondos Educativos que para fines de crédito se creen en las entidades territoriales a las que se refiere el parágrafo 2° del presente artículo.

Parágrafo 2°. Los departamentos y municipios podrán crear o constituir con sus recursos propios, fondos destinados a créditos educativos universitarios.

Parágrafo 3°. El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, y los Fondos Educativos en el respectivo nivel territorial adjudicarán los créditos y becas teniendo en cuenta entre otros los siguientes parámetros:

a) Excelencia académica;
b) Nivel académico debidamente certificado por la institución educativa respectiva;
c) Escasez de recursos económicos del estudiante debidamente comprobados;
d) Distribución regional proporcional al número de estudiantes;
e) Distribución adecuada para todas las áreas del conocimiento.

Parágrafo 4°. Las Asambleas y los Consejos en el momento de creación del Fondo Educativo darán estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003.

De igual manera, la entidad otorgante de crédito dará prioridad laboral a sus beneficiarios profesionales" (subrayado fuera de texto).

Posteriormente el artículo 27 de la Ley 1450 de 2011 introdujo la siguiente modificación:

"ARTÍCULO 27. RECURSOS DE LA NACIÓN DESTINADOS A BECAS O A CRÉDITOS EDUCATIVOS. Modifíquese el artículo 114 de la Ley 30 de 1992, el cual quedará así:

"Los recursos de la Nación destinados a becas o a créditos educativos universitarios en Colombia, serán girados al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (ICETEX) y a él corresponde su administración. Los recursos de la Nación destinados a becas o a créditos educativos universitarios para la financiación de maestrías, doctorados o posdoctorados podrán ser girados al Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas. En este evento la ejecución de los recursos podrá ser apoyada con la participación de terceros y el Gobierno Nacional reglamentará los criterios de asignación".

La normatividad antes expuesta, permite concluir que las entidades territoriales cuentan con autorización legal para crear fondos educativos que permita el apoyo o ayuda a los estudiantes de bajos ingresos económicos para acceder a la educación superior.

4. El principio de unidad de caja

El principio de unidad de caja, contenido en el artículo 16 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, consiste en que los pagos de las apropiaciones que se autoricen en el presupuesto, deben ser atendidos con el dinero proveniente de todas las rentas y recursos de capital que tenga la entidad.

El artículo 103 del EOP establece la obligación de la administración de depositar los recursos en una cuenta única, en los siguientes términos:

> "...A partir de la vigencia de la presente Ley, los órganos del orden nacional de la administración pública sólo tendrán que depositar sus recursos en la Cuenta Única Nacional que para el efecto se establezca, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional, o a nombre de éste seguido a nombre del órgano, o en las entidades que ordene el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno" (subrayado fuera de texto).

En palabras del H. Consejo de Estado "*todos los recursos de la Nación van a una bolsa común para responder con ella por los gastos decretados en el presupuesto*"[4], en dicha oportunidad se precisó lo siguiente:

> "a. La autonomía constitucionalmente conferida a los entes territoriales y a las entidades descentralizadas por servicios, se traduce, entre otras, en la facultad para administrar los recursos y los bienes a ellos asignados dentro de los límites que fija la Constitución, la ley y en particular, los del Estatuto Orgánico del presupuesto.
>
> b. El artículo 352 de la Constitución Política reconoce la existencia de presupuestos separados en los diferentes órdenes: el nacional, **los territoriales y** los de las entidades descentralizadas de cualquier nivel.

[4] Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Daño patrimonial por pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes públicos. 15 de noviembre de 2007. Radicación: 11001-03-06-000-2007-00077-00. C.P. Gustavo Aponte Santos.

c. El hecho cierto de que por mandato de la ley orgánica, los entes territoriales deban regirse por el principio de unidad de caja y que las entidades descentralizadas territorialmente en su ejecución presupuestal deban ajustarse a las políticas fiscales del Estado como un todo, **no implica que los recursos de este tipo de entes deban hacer unidad de caja con los de la Nación**, pues se trata de presupuestos y patrimonios independientes en razón de la autonomía constitucional y legal conferida a ellos" (subrayado fuera de texto).

La Sala aprecia que este principio es de aplicación relativa, pues el mismo legislador prohibió que los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones entren a formar parte de esa bolsa común de las entidades públicas, tal y como se consagra en el artículo 91 de la Ley 715 de 2001[5], en la que se dispone que "...*los recursos del Sistema General de Participaciones no harán Unidad de caja con los demás recursos del presupuesto y su administración deberá realizarse en cuentas separadas de los recursos de la entidad y por sectores. Igualmente, por su destinación social constitucional...*" (Subrayado fuera de texto).

En consecuencia, los recursos del Sistema General de Participaciones no pueden confundirse con los demás recursos de las entidades territoriales y su administración debe hacerse de manera separada y por cada sector[6].

En este orden de ideas, se puede concluir que el principio de unidad de caja hace referencia a que las apropiaciones (gastos) que se autoricen en el presupuesto, se deben asumir con las rentas y recursos (ingresos). Para lo cual los municipios tendrán una cuenta única municipal que contendrá todos los ingresos (rentas y recursos), con la excepción de los recursos provenientes del SGP que deberán ser administrados por medio de cuentas especiales, separadas de las demás rentas de la entidad territorial.

[5] "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".
[6] Sentencia C- 566 de 2003, MP. Álvaro Tafur Galvis

Entonces, para saber si se está frente a una de las excepciones legales del principio de unidad de caja, debe hacerse un análisis del caso concreto, con la finalidad de determinar la validez del actuar de concejo municipal.

5. Solución del Caso en Concreto

Descendiendo al caso concreto le corresponde a la Corporación determinar si el Concejo Municipal de Belén desconoció los artículos 6, 8 y 91 de la Ley 715 de 2001; los artículos 1° y 2° de la Ley 1012 de 2006, y el artículo 72 de la Ley 136 de 1994, al crear en el Acuerdo Municipal 001 de 2017 el Fondo Municipal para acceder a la educación superior, tecnológica y/o técnica dirigido a bachilleres Belemitas, con los mejores resultados en las pruebas de estado, de instituciones educativas oficiales de nivel Sisben 1 y 2 del municipio de Belén Boyacá, toda vez que el departamento de Boyacá asegura que se financiará con recursos del Sistema General de Participaciones -sector educación- que son de forzosa inversión y tienen una destinación específica, en vez de hacerlo con recursos propios. Además, el departamento de Boyacá afirma que el alcalde de Belén no cumplió con lo ordenado en el artículo 72 de la Ley 136 de 1994 al presentar el proyecto de acuerdo objeto de esta litis al Concejo Municipal, sin la respectiva exposición de motivos.

El Acuerdo No. 001 de 2017 expedido por el Concejo Municipal de Belén, prevé en las consideraciones y parte resolutiva lo siguiente:

> "Que el derecho fundamental a la educación superior, contiene dentro de su núcleo esencial la garantía de que goce efectivo está a cargo del Estado, lo que significa que si bien, el Estado (para el caso, el municipio de Belén Boyacá) no tiene una obligación directa de procurar el acceso inmediato de todas las personas de nivel superior, sí significa que no eximido de su responsabilidad de procurar el acceso progresivo de las personas del sistema educativo.
>
> ...
>
> **ACUERDA:**

ARTÍCULO 1°. Créase el Fondo cuenta denominado "Fondo Municipal para la Educación Superior, tecnológica y/o técnica, dirigido a los Bachilleres Belemitas con los mejores resultados en las pruebas de estado, de Instituciones Educativas Oficiales, del nivel de SISBEN 1 y 2 del municipio de BELÉN BOYACÁ", establecido como componente del plan de desarrollo "la voluntad de un pueblo".
ARTÍCULO 2°. El Fondo Municipal para la educación superior, tecnológica y técnica, dirigido a los bachilleres Belemitas, con los mejores resultados en las pruebas de estado, de las Instituciones Educativas Oficiales de Nivel de SISBEN 1 y 2 del municipio de BELÉN BOYACÁ, se constituye como un sistema de manejo de cuentas presupuestales, financieras y contables de los recursos destinado a Educación, para tal fin.

ARTICULO TERCERO: El fondo se financiará con **los recursos que le asigne anualmente en el presupuesto, sector educación**, los cuales en ningún caso serán inferiores a 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes, en cada período, más el producto de los rendimientos financieros del mismo y los reintegros hechos por los beneficiarios del fondo, como también de los recursos privados de origen licito que este pueda percibir.

ARTÍCULO 4°. El presupuesto anual asignado al fondo, garantizará a los beneficiarios el financiamiento del subsidio por concepto de matrícula del ciclo completo de la carrera profesional a nivel de pregrado y/o tecnológico y técnico, dando cumplimiento al reglamento de este fondo; entendiendo éste como el tiempo normal establecido por la institución de educación superior, técnica y/o tecnológica, para culminar los estudios del ciclo de formación escogido; el traslado de recursos que la Secretaría de Hacienda Municipal efectúe al Fondo, debe corresponder a la vigencia fiscal del año y para beneficiar a los bachilleres de la vigencia anterior, quienes ingresarán como beneficiarios del fondo, de conformidad con los procedimientos presupuestales.

Parágrafo 1- Con recursos del fondo se financiarán programas de apoyo que garanticen el subsidio por concepto de matrícula los bachilleres Belemitas con los mejores resultados en las pruebas de estado, de las instituciones educativas oficiales, del nivel de SISBEN 1 y 2, egresados a partir de la vigencia 2016, que hayan surtido todas las etapas de ingreso a la educación superior, técnica y/o tecnológica; el alcalde municipal, reglamentará la asignación de los recursos y de las condiciones para acceder a ellos.
...
ARTÍCULO 5°. El financiamiento de que trata el presente Acuerdo, se otorgará a los beneficiarios mediante subsidio para becas, destinadas al pago de matrículas, dirigidas a los estudiantes declarados como bachilleres Belemitas con los mejores resultados en las pruebas de estado, de las instituciones educativas oficiales, a partir del año 2016 y siguientes vigencias del nivel SISBEN 1 y 2 del municipio de BELÉN BOYACÁ..." (Subrayado fuera de texto).

Además, en el expediente reposa a folios 58 a 60 la exposición de motivos del acuerdo demandado, en el que se consiga lo siguiente:

> "...El derecho fundamental a la educación superior, contiene dentro de su núcleo esencial la garantía de que su goce efectivo está a cargo del Estado, lo que significa que si bien, el Estado (para el caso, el municipio de Belén Boyacá) no tiene una obligación directa de procurar el acceso inmediato de todas las personas a la educación superior, sí significa que no queda eximido de su responsabilidad de procurar el acceso progresivo de las personas al sistema educativo.
> ...
> Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, una vez establecidas y plasmadas las necesidades del sector de educación (ingreso a educación superior) del municipio de BELEN BOYACÁ, y orientadas estas hacia los niveles 1 y 2; se contempla en el plan de desarrollo "la voluntad de un pueblo" como estrategia propiciar mecanismos para la creación de un fondo de becas, que faciliten el ingreso a la educación técnica y superior, dirigido especialmente a los estudiantes que obtengan el mayor promedio en las pruebas que practica el estado a egresados de las instituciones educativas oficiales de nuestro municipio.
>
> Para llevar a cabo el propósito de coadyuvar a garantizar el acceso a la educación superior, es importante la creación del FONDO MUNICIPAL PARA ACCEDER A LA EDUCACIÓN SUPERIOR, TECNOLOGICA Y/O TECNICA DIRIGIDO A LOS BACHILLERES BELEMITAS CON MAYORES RESULTADOS EN LAS PRUEBAS DE ESTADO DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES DE ESTRATOS 1 Y 2 DEL MUNICIPIO DE BELÉN; el cual servirá como base para comenzar a dar solución a la problemática de falta de recursos para el ingreso a la educación superior, técnica o tecnológica y como incentivo a que los estudiantes de nuestras instituciones educativas se incentiven a lograr los mejores resultados académicos, para ser beneficiarios de este fondo.
>
> Por lo anteriormente expresado y teniendo en cuenta que en el presupuesto aprobado mediante Acuerdo 021 de fecha 29 de noviembre de 2016, se establece la aprobación del rubro denominado "Objetivo: Fondo de Educación superior: Becas/ subsidios/ créditos (convenio icetex APP), comedidamente solicito sea tramitado y viabilizado este proyecto de acuerdo el cual redundará en beneficio de la comunidad Belemita ya que brindará grandes posibilidades de acceso a la educación superior de nuestras habitantes" (Subrayado fuera de texto).

Efectivamente a folio 95 reposa el Acuerdo No. 21 de 29 de noviembre de 2016 "*Por medio del cual se fija el computo de rentas y gastos del presupuesto del municipio de Belén para la vigencia fiscal comprendida entre el 01 de enero y el 31 de diciembre del año... 2017*" en el que se indica como gastos para la vigencia de 2017 la suma de $7.786.009.000,00 pesos y para el

caso particular del sector educación para el rubro 2301010102 objetivo: Fondo de educación superior: becas/subsidios/ créditos (convenio Icetex - APP) la suma de $10.000.000 pesos en la fuente de recursos propios (f. 105).

Descendiendo al fondo del asunto se tiene que el departamento de Boyacá afirma que el alcalde de Belén no cumplió con lo ordenado en el artículo 72[7] de la Ley 136 de 1994 al presentar el proyecto de acuerdo objeto de esta litis al Concejo Municipal, sin la respectiva exposición de motivos.

La Sala despachará negativamente dicho cargo como quiera que en el expediente reposa a folio 58 la exposición de motivos echada de menos por el departamento de Boyacá, la que está sucrita por el alcalde municipal quien solicita que se tramite y viabilice el proyecto de acuerdo que "*redundará en beneficio de la comunidad Belemita ya que brindará grandes posibilidades de acceso a la educación superior de nuestras habitantes*".

Por otro lado, el departamento de Boyacá también aduce que el citado acuerdo viola o desconoce la normatividad invocada porque en su criterio el fondo municipal para la educación superior, tecnológica y/o técnica creado en dicho acto administrativo, se financiará con recursos del Sistema General de Participaciones -sector educación- que son de forzosa inversión y tienen una destinación específica, en vez de hacerlo con recursos propios.

Sobre el particular, el municipio de Belén en la contestación de la demanda expone que efectivamente no pueden destinar los recursos provenientes del SGP a cuestiones diferentes a las previstas en la norma (CP y Ley 715 de 2001), por ser de destinación específica, y porque no hacen unidad de caja con los recursos del presupuesto.

[7] Los proyectos deben ir acompañados de una exposición de motivos en la que se expliquen sus alcances y las razones que los sustentan.

En consecuencia, asevera que como los recursos del presupuesto no hacen unidad de caja con los del SGP, "*...es equivocado afirmar que el artículo 3° del acuerdo No. 001 de 2017, desconoce el artículo 8° de la Ley 715 de 2001, pues lo que se estipula claramente en el acto administrativo es que el fondo creado para el acceso a la educación superior se financiará con recurso del presupuesto de un sector determinado (educación),* ***más no con los del Sistema General de Participaciones***...".

La Sala concluye de la lectura juiciosa del artículo 3° del acuerdo municipal No. 001 de 2017, que en ningún momento se puede leer o interpretar que la fuente de financiación del fondo educativo sean los recursos del SGP, "*...pues lo único que determina es que se financiará con recursos que anualmente se asignen en el presupuesto, sector educación"* y estos son totalmente diferentes a los provenientes del SGP como quiera que dichos recursos deben ser administrados por medio de cuentas especiales y separadas de las demás rentas de la entidad territorial.

Además tampoco es posible pensar que con los recursos del SGP el municipio de Belén vaya a financiar el mencionado fondo, toda vez que estos están previstos específicamente para el sector educativo, cuando se trata de aspectos relacionados con la prestación del servicio público de la educación en los niveles preescolar, básico y medio, en el área urbana y rural.

Por las anteriores razones, está plenamente probado que el Concejo Municipal de Belén con el Acuerdo 001 de 2017 financiará el fondo municipal para la educación superior, tecnológica y/o técnica con recursos propios tal y como se pudo observar no solo en la exposición de motivos (f. 58), sino también en el Acuerdo No. 21 de 2016, en el que se dispuso dentro de los gastos del presupuesto para programa "La voluntad de un pueblo", es Belén más educada", subprograma fondo de educación superior:

Becas/subsidios/créditos, la suma de $10.000.000 de pesos de la fuente de recursos propios, tal y como lo afirmó el Concejo municipal (f. 63).

Así pues, para la Sala las afirmaciones que hace el departamento de Boyacá carecen de todo fundamento jurídico, pues en ningún momento el acto administrativo demandado hace referencia a los recursos del SGP, razón por la que se declarará la validez del Acuerdo No. 001 de 2017, no sin antes advertir al departamento de Boyacá que previo a demandar los diferentes acuerdos municipales verifique como en este caso si el proyecto de acuerdo está o no acompañado de la correspondiente exposición de motivos, y si realmente desconoce la normatividad invocada, porque su proceder está desgastando y saturando a la administración de justicia.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión No.2, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. DECLARAR LA VALIDEZ del Acuerdo Municipal No. 001 de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Belén, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Comunicar la presente providencia al Alcalde Municipal y al Presidente del Concejo del Municipio de Belén y al Gobernador de Boyacá.

TERCERO. Reconocer personería jurídica para actual a la abogada Luz Eliyer Sierra Russi, en los términos del poder conferido (f. 1).

CUARTO. Advertir al departamento de Boyacá que previo a demandar los diferentes acuerdos municipales verifique como en este caso si el proyecto de

acuerdo está o no acompañado de la correspondiente exposición de motivos, y si realmente desconoce la normatividad invocada, porque su proceder está desgastando y saturando a la administración de justicia.

QUINTO. En firme esta providencia **ARCHÍVESE** el expediente.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión ordinaria de la fecha.

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Acepto Con Permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifico por estado
No. 11 de hoy. 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	MARIO ORLANDO NIÑO AVENDAÑO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
REFERENCIA:	150012333000-**2017-00441**-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Visto el informe secretarial que antecede, advierte el Despacho que el proceso se encuentra pendiente de fijar fecha para llevar a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del C.P.A.CA.

Así las cosas, se fija el día **MARTES VEINTE (20) DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS OCHO Y TRENTA DE LA MAÑANA (8:30 A.M.)**, para realizar la referida audiencia.

Por lo anteriormente expuesto se,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- FIJAR el día **MARTES VEINTE (20) DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS OCHO Y TRENTA DE LA MAÑANA (8:30 A.M.)**, a fin de celebrar la Audiencia inicial de que trata el art. 180 del CPACA.

Para los apoderados judiciales de los diferentes sujetos procesales, la asistencia a la mencionada Audiencia es de carácter obligatorio y si no comparecen con justa causa se le impondrá la multa correspondiente, en los términos previstos en el numeral 4 del artículo 180 del CPACA; para lo cual, se les insta a fin de que se presenten con 15 minutos de antelación a la hora programada para la audiencia.

Igualmente se dispone citar al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N° 01 De Hoy 26 ENE. 2018
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

Tribunal Administrativo de Boyacá
Despacho No. 5
Magistrada: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Accionante: Laurent Cuervo Escobar
Accionados: Corporación Autónoma Regional de Boyacá y otros
Expediente: 15001 2333 000 2017 00449 00
Medio de Control: Protección de derechos e intereses colectivos

En auto de ***17 de enero de 2018*** *(fl. 440), vencido el término de contestación de la demanda concedido al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales entidades vinculadas en auto 9 de noviembre de 2017, se fijó fecha para audiencia de pacto de cumplimiento.*

La apoderada del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en escrito allegado el 23 de enero de 2018 (fl. 442) solicitó aplazamiento a diligencia, para lo cual adujo que:

- *Debe asistir como apoderada de la entidad, a audiencia en el proceso de acción de grupo radicado 2017-00306 el día 29 de enero de 2018 a las 9 a.m., a realizarse en San Juan de Pasto, diligencia fijada desde el 6 de diciembre de 2017.*

- *Que revisados los itinerarios aéreos no es posible su retorno a la ciudad de Bogotá sino hasta el 30 de enero de 2018, fecha de celebración de la Audiencia de Pacto de Cumplimiento en este proceso.*

- *Que debido al recorte de personal en el Ministerio, no existe abogado a quien pueda sustituir el poder.*

Como prueba sumaria aportó copia del auto de 6 de diciembre de 2017 (fl. 444) proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño.

Para resolver se ***Considera:***

El artículo 27 de la Ley 472 de 1998, dispone que las partes pueden solicitar aplazamiento de la audiencia de pacto de cumplimiento de forma previa a la fecha fijada, aportando prueba siquiera sumaria que justifique la solicitud.

La solicitud de aplazamiento fue oportuna y se ha aportado prueba sumaria de la causa aducida para ello; adicionalmente, el auto que fijó la fecha de audiencia en este proceso, fue posterior al que excusa la asistencia y se encuentran razonables los motivos relacionados con la dificultad en el traslado a la sede de este Tribunal y la sustitución del poder.

En estas condiciones accederá a fijar nueva fecha para la audiencia de pacto de cumplimiento a celebrarse en este proceso, en los términos del artículo 27 de la Ley 472 de 1998.

En consecuencia se ***Resuelve****:*

1. *Señalar como nueva fecha el* ***día jueves ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018),*** *a las* ***diez de la mañana (10:00 a.m.)****, en la Sala de Audiencias ubicada en el quinto piso del Palacio de Justicia de Tunja, para la celebración de la audiencia de Pacto de Cumplimiento que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 1998,* ***sin que haya lugar a nuevo aplazamiento****.*
2. *Notificado el presente auto regrese el expediente al Despacho para la preparación de la audiencia.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
CONSTANCIA DE NOTIFICACION POR ESTADO

El auto que antecede, de fecha de dos mil diecisiete (2017), se notificó por Estado Electrónico Nro . ___ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, hoy _____siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

13 A65

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja,

24 ENE 2018

Acción : **Validez de Acuerdo Municipal**
Demandante : **Departamento de Boyacá**
Demandado : **Municipio de Chita**
Expediente : **15001-23-33-000-2017-00621-00**

Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala de Decisión No. 2 de la Corporación a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el Departamento de Boyacá en contra de la validez del Acuerdo No. 016 de 2017 *"Por el cual se establece y fija el incremento salarial de los empleados públicos de la administración del municipio de Chita, a partir del 1 de enero de 2017"*.

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor que por esta Corporación se declare la invalidez del Acuerdo No. 016 de 2017 expedido por el Concejo Municipal de Chita.

Igualmente, solicita que se emita pronunciamiento frente a la situación planteada y a la actuación que debe surtir posteriormente el funcionario competente del municipio, ante lo expuesto en el concepto de violación.

II. HECHOS

El Concejo Municipal de Chita expidió el Acuerdo Municipal No. 016 de 2017, el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento (f. 12).

Al realizar la revisión jurídica ordenada en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, el Gobernador de Boyacá observa que el acto objeto de esta demanda es contrario a la Constitución Política y a la Ley.

Estima como normas violadas los artículos 6, 121, 313 numeral 6 de la Constitución Política; los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 15, 16 al 20 del Decreto 785 de 2005; el artículo 41 numerales 3 y 8 parágrafo 1° de la Ley 136 de 1994; y el artículo 35 de la ley 734 de 2002.

Para explicar el concepto de violación, tomando como referente la normatividad invocada, manifiesta que el acuerdo objeto de revisión proferido por el Concejo Municipal de Chita desconoce las normas antes descritas, por las siguientes razones:

Manifiesta que el artículo 3° del acuerdo municipal expedido por el Concejo de Chita desconoce que su competencia en virtud de lo previsto en el numeral 6° del artículo 313 de la norma superior, es la de 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 jerárquico, a establecer unos grados salariales o de remuneración para los diferentes empleos que conforman cada uno de los mencionados niveles jerárquicos*".

Explica que la competencia para fijar los niveles máximos salariales de los empleados públicos territoriales por niveles jerárquicos, es del Gobierno Nacional de acuerdo con la Ley 4° de 1992, para que una vez determinados, sean los Concejos Municipales quienes determinen las escalas de

remuneración de las diferentes categorías de empleos de la administración municipal, a efectos de que ningún empleo pueda percibir una asignación básica mensual superior a dichos límites máximos tal y como lo prevé el artículo 8 del Decreto 995 de 2017.

Advierte respecto de la remuneración de cada uno de los empleos, que el 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***".

Señala que 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, según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones.

Expone para el caso en estudio, que las categorías no son otra cosa que los niveles jerárquicos previstos en el artículo 3° del Decreto 785 de 2005, que agrupan o clasifican los diferentes empleos de las entidades territoriales establecidos en los artículos del 16 al 20 del mismo decreto.

Por último, aduce que el citado acuerdo "*...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 por demás y de tajo la sucesión sistemática, ordenada y progresiva de valores para cada uno de los diferentes niveles o categorías de empleos, razón de ser de una escala*"

III. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja (f. 8) siendo admitida por el despacho mediante providencia del 1 de septiembre de 2017 (fl. 33), sometiéndola a las ritualidades propias del proceso previstas en el artículo 151 del C.P.A.C.A. y en el Decreto 1333 de 1986.

2. Dentro del término de fijación en lista (fl. 35), no hubo ningún pronunciamiento (f. 36)

3. Mediante providencia (fl. 37) se abrió el proceso a pruebas, tomándose con todo su valor probatorio los documentos aportados con el escrito demandatorio y sus contestaciones. Sin término probatorio en tanto las pruebas se encuentran aportadas al proceso y las mismas satisfacen el objeto de la acción.

Se decide, previas estas,

IV- CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO. En esta oportunidad le corresponde a la Sala determinar si el Concejo Municipal de Chita al expedir el acuerdo Nº 016 de 2017 "*Por el cual se establece y fija el incremento salarial de los empleados públicos de la Administración del Municipio de Chita, a partir del 1° de enero de 2017*", vulneró las normas indicadas, al establecer en el artículo 3° la escala salarial de los empleos de la administración, como quiera que el departamento de Boyacá estima que el Concejo Municipal limitó a establecer unos límites de asignación máxima mensual para cada uno de los niveles jerárquicos de la administración pública, desconociendo la sucesión sistemática, ordenada y progresiva de valores para cada uno de los diferentes niveles o categorías de empleos.

De acuerdo con el problema jurídico planteado también se considera indispensable abordar previamente i) el estudio en sede de validez; ii) las competencias en relación con el régimen salarial de los empleados territoriales, iii) la escala salarial, y iv) la solución del caso concreto.

2. Estudio en sede de validez

Los **límites de la decisión están determinados por los argumentos del solicitante y de manera concreta por las razones de derecho de la solicitud de invalidez**. Se plantea, pues, para el Tribunal la imposibilidad de un examen general de legalidad del acuerdo, ya que cuando en ejercicio del control de legalidad o constitucionalidad se revisa un acuerdo objetado por el Gobernador, el estudio que corresponde a la corporación se limitará a las razones expuestas en la solicitud de invalidez, frente a los preceptos constitucionales o legales por el invocados y con los cuales **se hace la confrontación**.

No corresponde en este procedimiento un análisis total ni oficioso de los acuerdos demandados, que agote las referencias a **la integridad de los preceptos constitucionales y/o legales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio**. Por ello es necesario establecer con toda claridad cuáles son los reproches del ejecutivo, atendiendo **exclusivamente aquellos aspectos a los que se contrajo el escrito de invalidez presentado por el Gobernador**; es este análisis y ningún otro el que permite determinar si la solicitud de invalidez puede ser acogida total o parcialmente.

Este es el mismo ejercicio que procede en ese de control constitucional. Según la Corte Constitucional C-1036 de 2003 de acuerdo con constante jurisprudencia[1] "*el examen que realiza la Corte de las disposiciones objetadas por el Presidente de la República, ante la insistencia del Congreso, por infringir la*

[1] Sentencias C-176, C-482, C-913, C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997, entre otras.

Constitución Política, ***se restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia****, aspectos que son los que limitan el alcance la cosa juzgada constitucional (...)*" Resaltado fuera de texto.

Y en sentencia C- 256 de 1997 se precisó que *"(...) Considera la Corte que cuando, en ejercicio del control previo de constitucionalidad, ella revisa un determinado proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, el examen que efectúa hace tránsito a cosa juzgada constitucional. No obstante, como las objeciones presidenciales no siempre recaen sobre la totalidad de las normas integrantes del proyecto y, si son de carácter formal, señalan apenas unos específicos motivos de violación de la Carta,* ***los efectos de la cosa juzgada deben entenderse relacionados tan sólo con las razones expuestas por el Gobierno al objetar, con los preceptos constitucionales respecto de los cuales se ha hecho la confrontación y con los aspectos que han sido materia del análisis explícito efectuado por la Corte. Por tanto, la cosa juzgada es en tales casos relativa****, pues la exequibilidad que se declara no proviene normalmente de un análisis total, que agote las referencias a la integridad de los preceptos constitucionales y que verse sobre todos los posibles motivos de inconstitucionalidad, formales y materiales, del proyecto sometido a su estudio." (Resaltado fuera de texto).*

En suma, el control que corresponde ejercer al Tribunal en los casos de revisión de validez de acuerdos municipales no es de oficio ni comporta, por tanto, un cotejo con todo el ordenamiento en el que deben sustentarse; es por el contrario un control rogado que debe limitarse al examen de los cargos formulados en la respectiva solicitud sin que pueda extenderse a otras disposiciones que no fueran atacadas, ni comprender el análisis de normas cuya violación no fue invocada por el actor.

3. Competencias en materia salarial de empleados públicos territoriales.

En el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política, fue prevista la facultad para que el Congreso Nacional, de hacer las leyes por medio de las cuales se establecen las normas generales y señalan los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional en materia salarial y prestacional de los empleados públicos, así:

> "Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
> (...)
> 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:
> (...)
> e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;"

Por su parte en el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, el Congreso de la República le confirió plenas facultades al Gobierno Nacional para establecer los límites máximos salariales de los servidores públicos del orden territorial, ese precepto prevé en su tenor literal lo siguiente:

> **"Artículo 12°.- 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.** –Negrilla de la Sala-.

El numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política señala como competencia de los Concejos Municipales la siguiente:

> "6°) Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; **las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos**; crear a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta." (Subraya la Sala).

En éste sentido la Ley 136 de 1994 en el artículo 71 dispuso lo siguiente:

> **"ARTÍCULO 71. INICIATIVA.** Los proyectos de acuerdo pueden ser presentados por los concejales, los alcaldes y en materias relacionadas con sus atribuciones por los personeros, los contralores y las Juntas Administradoras Locales. También podrán ser de iniciativa popular de acuerdo con la Ley Estatutaria correspondiente.
>
> **PARÁGRAFO 1o.** Los acuerdos a los que se refieren los numerales 2o., 3o., y **6o., del artículo 313** de la Constitución Política, sólo podrán ser dictados a iniciativa del alcalde" (Subraya la Sala)

Por su parte el artículo 315 de la Constitución Política prevé:

> "Artículo 315. Son atribuciones del alcalde:
> (...)
> 7. Crear, suprimir 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." (Subrayado fuera de texto).

La iniciativa prevista por la ley, en materia de asignaciones de los servidores municipales, debe entenderse, pues, sujeta a los fines y alcances que la Corte Constitucional precisó en la sentencia C- 152 de 1995, es decir a **los efectos económicos que la determinación de las escalas de remuneración puede tener sobre la hacienda pública a fin de evitar que los servicios municipales no se pongan en peligro por el desbordamiento del gasto público**, pero también es claro que los órganos y autoridades municipales están obligados al cumplimiento de la ley.

No puede perderse de vista que **la facultad en la determinación de la escala salarial de los distintos niveles de empleos es del Concejo Municipal** y que **la iniciativa concedida al alcalde no puede desbordar los precisos términos en que la Corte** avaló la constitucionalidad de la ley.

De otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-510 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en relación con la competencia para establecer los salarios de los empleados públicos territoriales, señaló:

"(...) No obstante que las **autoridades locales** **tienen competencias expresas para determinar la estructura de sus administraciones, fijar las escalas salariales y los emolumentos de sus empleados públicos** (C.P. arts. 287, 300-7, 305-7, 313-6 y 315-7), (...)

Dentro de este contexto, ha de colegirse que la competencia para determinar el **régimen salarial** de los empleados de las entidades territoriales, en el marco de la Constitución de 1991, **requiere una interpretación sistemática y coherente de sus mandatos, a efectos de hacer compatible la autonomía que se reconoce a los entes territoriales, en especial, el que hace referencia a la facultad de gobernarse por autoridades propias** (artículo 287, numeral 1), (...)

En estos términos, para la Corte es claro que existe una **competencia concurrente** para determinar el **régimen salarial** de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, **el Congreso de la República,** facultado única y exclusivamente para **señalar los principios y parámetros generales** que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el **Gobierno Nacional**, a quien corresponde señalar sólo los **límites máximos** en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, **las asambleas departamentales y concejos municipales**, a quienes corresponde determinar **las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias**, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, **los gobernadores y alcaldes**, que deben fijar **los emolumentos de los empleos de sus dependencias**, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los **límites máximos** determinados por el Gobierno Nacional." –Negrilla y subraya fuera del texto-.

Sobre el particular la Sala de Decisión No. 1 de esta Corporación, MP. Clara Elisa Cifuentes Ortíz, en un caso semejante al que se examina consideró lo siguiente:

"Tal como lo precisa la Corte, los límites que dispone el Congreso o el Gobierno Nacional no sustituyen las facultades de los entes territoriales para que, dentro de ellos concreten los emolumentos de sus empleados. Por supuesto, es claro y no obstante necesario señalar que estas facultades no pueden ejercerse para crear prestaciones sociales como bien lo ha dejado sentado el Consejo de Estado al precisar en la misma providencia que ha delimitado este estudio que "...Esta Corporación ha sostenido que la facultad atribuida a las Asambleas y Concejos para fijar las escalas salariales es para determinar los grados o niveles para las

distintas categorías de empleos y no para crear elementos salariales o factores salariales..."

Además, de aceptarse que las entidades territoriales perdieron toda competencia en la determinación salarial de sus empleados ninguna finalidad podría tener el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992 cuando señala "...Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."

...

Para dar respuesta a lo anterior, a la utilidad y a la coherencia del sistema normativo es necesario descender a las funciones constitucionales conferidas a las asambleas departamentales (art. 300 num. 7°) y los concejos municipales (art. 313 num. 6°) normas que las facultan para establecer las escalas de remuneración de sus empleados, dentro de los límites de la Constitución y, en especial, la Ley Marco y los decretos nacionales" (Subrayado fuera de texto)[2].

Entonces para el caso bajo estudio, debe tenerse que en virtud de la facultad de gobernarse por autoridades propias reconocida a las entidades territoriales en el artículo 287 de la Constitución Política, a los Concejos Municipales corresponde determinar **la escala de remuneración de sus dependencias**, directrices que debe seguir el Alcalde respectivo, observando por supuesto los parámetros dados por el Gobierno Nacional.

Así pues, de acuerdo con lo señalado, queda claro que en materia del régimen salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales, corresponde a las respectivas corporaciones determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate, y de los gobernadores y alcaldes fijar en concreto los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones dictadas por las asambleas departamentales y concejos municipales en las ordenanzas y acuerdos correspondientes.

[2] Ref: Actor : Moisés Suárez Bohórquez, Demandado : Departamento de Boyacá, Expediente : 15001 3133 013 2001 02858 01, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Finalmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 288 del Decreto 1333 de 1986[3], en armonía con los artículos 287[4] y 313 numeral 6 de la Carta Política[5], corresponde a los concejos, **a iniciativa del alcalde**, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las alcaldías, secretarías y de sus oficinas o dependencias, y "*fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos*".

Acorde con lo dispuesto en el ordenamiento superior, resulta palmario entonces que el régimen salarial o prestacional establecido o creado mediante acuerdos, ordenanzas o decretos municipales o departamentales, no es de carácter autónomo, toda vez que las entidades territoriales, están sometidas en esta materia, a las disposiciones legales y reglamentarias que expida el Congreso de la República o el Gobierno Nacional, con fundamento en las cuales se han de fijar: (i) las escalas de remuneración y, (ii) el reconocimiento de las prestaciones sociales.

Destácase que la atribución constitucional otorgada a las corporaciones administrativas en el numeral 6° del artículo 313 superior, como lo ha señalado la jurisprudencia[6], se impuso con el ánimo de que determinaran las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de orden seccional y local, y comprende únicamente la facultad de establecer en forma numérica y sistemática, tablas salariales por grados, en las que se consigna la asignación o remuneración básica mensual, teniendo en cuenta la clasificación y niveles de los diferentes empleos[7].

---

[3] "Corresponde a los Concejos, a iniciativa del Alcalde respectivo, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos".

[4] "Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:
1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales"

[5] "Corresponde a los concejos... 6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta."

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 26 de marzo de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, exp.: 68001-23-15-000-2003-02733-01(2606-07)

[7] Ver sentencia proferida por esta Corporación en la Sala de decisión No. 2, proferida por el MP.: Jorge Eliécer Fandiño Gallo el 19 de enero de 2011, Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho Demandante: Blanca Myriam González Bautista Demandado: Municipio de Tunja y Contraloría Municipal Expediente: 15001-31-33-013-2001-03111-01.

4. Las escalas salariales

En cuanto se refiere al alcance de las escalas salariales, la Corte Constitucional, en Sentencia C-416 de 1992, señaló:

> "En efecto, la **nomenclatura** de los empleos públicos es un catálogo, repertorio o relación clasificada de las plazas en que los servidores del Estado prestan a éste sus servicios, o, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia al resolver sobre acción similar a la que nos ocupa, una "distribución jerarquizada y escalonada de los empleos del sector oficial, al cual corresponde una tasa diferencial de salarios, de desarrollo vertical, de manera tal que cargos del mismo nivel y categoría se retribuyan con la misma remuneración"[8]; las **escalas de remuneración no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores**; ..."(Negrilla fuera de texto)

Doctrinariamente, se define escala salarial o tabla salarial, en los siguientes términos:

> "Tabla salarial. Concepto. Empezamos por ella porque es la espina dorsal del sistema salarial y consiste en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir, **ubicados desde el inferior hasta el superior,** para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas, las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio.
>
> Obviamente, la tabla de remuneraciones en sí sola carece de mayor o menor significación y lo definitivo en ella son los criterios e instrumentos para su utilización y manejo. Así, los procedimientos de clasificación de puestos descritos en el capítulo que antecede, servirán posteriormente para referir y encuadrar en los grados mayores los puestos más elevados en cada serie o denominación y en los inferiores los distinguidos por las tareas más elementales, según la diferente 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."[9]

Sobre este concepto, el Concejo de Estado[10] se ha pronunciado, resultando pertinente para el asunto reiterar tales argumentos:

---

[8] C.S.J., Sala Plena: Sentencia No.173. Noviembre 22 de 1990. Ponente: Magistrado Rafael Méndez Arango.
[9] Younes Moreno, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Ed. Temis. Año 2001. Pág.98
[10] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE. Bogotá D. C., diciembre trece (13) de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 1518 (Ampliación). Actor: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA, Referencia: Escalas de remuneración. Alcance del concepto.

"El concepto escalas de remuneración comienza a utilizarse en nuestro orden constitucional a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1968, el cual precisó que corresponde al **Congreso** "Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y **fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos,** así como el régimen de sus prestaciones sociales." - artículo 11 - modificatorio del artículo 76 -.

A su vez, el artículo 41, numeral 21 - modificatorio del 120 - facultó al **Presidente de la República** para "Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los subalternos del Ministerio Público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que **fijar sus dotaciones y emolumentos**, todo, con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9° del artículo 76".

A su turno, el artículo 57- 5 - modificatorio del 187 - atribuyó a **las asambleas**, la potestad de "Determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias **y las escalas de remuneración** correspondiente a las distintas categorías de empleo.". El artículo 60- 9 - modificatorio del 194 -, dispuso como función del **Gobernador** la de "Crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que **fijar sus emolumentos**, con sujeción a las normas del ordinal 5° del artículo 187". El artículo 62-3 - modificatorio del 197 -, precisó como atribución de los **concejos**, la de "**Determinar** la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y **las escalas de remuneración** correspondientes a las distintas categorías de empleos"[11].

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".

---

[11] El artículo 92-3 del decreto 1333 de 1986, establece como atribución de los concejos municipales la de "Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias **y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos**". El artículo 288 ibídem consagró que "Corresponde a los concejos, a iniciativa del Alcalde respectivo, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos."; el artículo 289 ibídem prescribe que el Concejo expide normas sobre remuneración de empleos y el artículo 290 ibídem determina que "Las funciones a que se refieren los artículos anteriores en el caso de las entidades descentralizadas municipales, serán cumplidas por las autoridades que señalen sus actos de creación o sus estatutos orgánicos." Por su lado, el artículo 129 del decreto 1421 de 1993 contempló que: "Regirán en el Distrito y sus entidades descentralizadas las disposiciones que se dicten en desarrollo del artículo 12 de la ley 4ª de 1992." El artículo 12, inciso octavo, ibídem atribuyó al Concejo Distrital la facultad de "Determinar la estructura general de la administración central (...) adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos.", y el artículo 38-9 otorga al alcalde la potestad de determinar los emolumentos de los empleos de la administración central, con arreglo a los acuerdos correspondientes, todo lo cual está en armonía con lo dispuesto en los artículos 313-6 y 315-7 constitucionales.

Así resulta indudable el carácter técnico de la competencia de los Concejos Municipales en materia salarial, que no comprende, ni puede comprender la facultad de **crear salario o factores salariales,** sino que se limita a la fijación **en abstracto de las escalas de remuneración** para las distintas categorías de empleos.

Del anterior contexto, deduce la Sala que la atribución conferida a las entidades territoriales en los artículos 300-7 y 313-6 de la Constitución Política para **determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de los órdenes seccional y local, comprende únicamente la facultad de establecer en forma sucesiva, numérica, progresiva y sistemática tablas salariales por grados, en donde se consignan la asignación o remuneración básica mensual para el año respectivo**, teniendo en cuenta la clasificación por niveles de los diferentes empleos - sobre la base además de que cada nivel tiene una nomenclatura específica de empleos y una escala de remuneración independiente-, no involucrándose dentro de tal concepto la potestad de crear factores salariales diferentes.

En síntesis, una escala salarial es una sucesión sistemática, ordenada y progresiva de valores para cada uno de los diferentes niveles o categorías de empleos, sin determinar denominación o código de empleo alguno en particular, para luego, a partir de ella obtener la asignación salarial para cada uno de los empleos, competencia del Alcalde Municipal.

Las asambleas departamentales y los concejos municipales, entonces, dentro del sistema de remuneración de cargos territoriales tienen autonomía para establecer y definir las correspondientes **escalas salariales**, esto es, **para fijar los sueldos correspondientes a cada una de las diferentes categorías ocupacionales**, pero dentro del límite máximo, fijado por el gobierno nacional, el cual busca establecer el equilibrio y unificación del sistema. Por su parte, **los gobernadores y alcaldes quienes también tienen atribuciones**

en materia salarial, actúan sujetos a tales parámetros, es decir, dentro de esas escalas, determinando el sitio que corresponde a cada uno de los empleos, lo cual equivale a definir el sueldo concreto asignado a cada uno de ellos. De suerte que dentro de este marco la asignación mensual correspondiente a cada empleo queda determinada por su grado y la escala del respectivo nivel.

5. **El sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales**

Ahora bien, dado que las escalas salariales de los empleos no puede ser objeto de estudio o análisis aisladamente, el Decreto 785 de 2005 "P*or el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004",* en su artículo 2° define el **empleo** –razón de ser de las escalas salariales-, como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, los que de conformidad con el artículo 3°, íbídem, según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial en las entidades territoriales.

Niveles jerárquicos que agrupan según la naturaleza de sus funciones, una serie de empleos, cada uno identificados con un código de tres (3) dígitos, donde el primer digito indica el nivel y el segundo la denominación o nombre del empleo (art. 15 Decreto 785 de 2005), v.gr. 020 Secretario de Despacho, y 039 Gerente, donde el cero (0) nos indica que estos empleos son del Nivel Directivo y el 20 y el 39 nos indican la denominación de cada empleo, Secretario de Despacho y Gerente respectivamente, tal y como están previstos en el artículo 16 del Decreto 785 de 2005. Lo propio se prevé para los otros niveles en los artículos del 17 al 20 del mencionado decreto.

Y para efectos de la remuneración de cada uno de estos empleos, dicho código deberá ser adicionado hasta con dos dígitos más, que corresponderán a los grados de asignación básica de acuerdo a las escalas de remuneración que las Asambleas y los Concejos fijen para las distintas categorías de empleos (art. 15 Decreto 785 de 2005).

En otras palabras, el grado salarial es el número de orden que indica la asignación mensual del empleo dentro de una escala numérica, sucesiva y progresiva, establecida para el respectivo nivel o categoría de empleos, según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones, v.gr. las escalas salariales que año tras año el Gobierno Nacional fija mediante decreto para los distintos niveles o categorías de empleos de las diferentes entidades y organismos del Estado del orden nacional, donde la primera columna señala los grados de remuneración, consistentes en dos dígitos que, como ya se dijo, complementan los códigos que corresponden a las distintas denominaciones o nombre de los empleos que conforman cada una de las diferentes categorías o niveles jerárquicos.

La segunda columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel directivo. La tercera columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel asesor. La cuarta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel profesional. La quinta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel técnico. La sexta columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados del nivel asistencial.

En síntesis, cada grado salarial es único en cada nivel y por ende no puede existir uno de ellos con más de una asignación salarial, mientras que si pueden existir distintas denominaciones de empleos en un mismo nivel con el mismo grado salarial.

Citados los fundamentos constitucionales, legales y los pronunciamientos jurisprudenciales, en lo que atañe al asunto que ocupa la atención de la Sala, es evidente que en el nivel territorial, son las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, 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 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 correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.

6. Solución del caso concreto

Descendiendo al fondo del asunto, en esta oportunidad le corresponde a la Sala determinar si el Concejo Municipal de Chita al expedir el acuerdo Nº 016 de 2017 "*Por el cual se establece y fija el incremento salarial de los empleados públicos de la Administración del Municipio de Chita, a partir del 1° de enero de 2017*", vulneró las normas indicadas, al establecer en el artículo 3° la escala salarial de los empleos de la administración, como quiera que el departamento de Boyacá estima que el Concejo Municipal estableció unos límites de asignación máxima mensual para cada uno de los niveles jerárquicos de la administración pública, desconociendo la sucesión sistemática, ordenada y progresiva de valores para cada uno de los diferentes niveles o categorías de empleos.

El Acuerdo N° 016 de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Chita consagra en la parte considerativa y resolutiva lo siguiente:

> "...Que a los empleados públicos de la administración del municipio de Chita, se les debe fijar el incremento salarial a partir del 1° de enero de 2017.

Que se hace necesario fijar el incremento salarial de los empleados públicos de la administración del municipio de Chita a partir del 1 de enero de 2017.

Que mediante Decreto 995 del 9 de junio de 2017 el Gobierno Nacional autorizó un incremento salarial para los empleados púbicos del nivel territorial del 6.75% para la vigencia 2017 retroactivo a 1 de enero de 2017.

Por lo expuesto

ACUERDA

"ARTICULO PRIMERO: ...

ARTÍCULO SEGUNDO: ...

ARTÍCULO TERCERO: ESCALA SALARIAL: A partir del (1) de enero del año 2017 y a la implementación y adecuación a una nueva planta de personal, las asignaciones básicas mensuales de las escalas de empleos de la Administración del municipio de Chita, serán las siguientes:

ARTÍCULO CUARTO: A cada uno de los niveles relacionados en el artículo anterior corresponde la siguiente remuneración:

NIVEL	CÓDIGO	GRADO	N°	DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN
ASESOR	115	01	1	JEFE DE PLANEACIÓN	3.480.442.00
PROFESIONAL	201	01	1	TESORERO GENERAL	2.747.714.00
PROFESIONAL	202	01	1	COMISARÍA DE FAMILIA	2.747.714.00
PROFESIONAL	219	01	1	GERENTE USPD	1.324.517.00
TÉCNICO	303	03	1	INSPECTOR DE POLICÍA	1.757.596.00
TÉCNICO	314	01	1	FONTANERO	1.249.544.00
PROFESIONAL	219	01	1	SECRETARIO DE DESPACHO	2.015.686.00
ASISTENCIAL	407	04	3	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	1.472.203.00
	407	03	1	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	1.050.242.00
	470	02	2	AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES	947.782.00

Según se ha señalado, el establecimiento de las escalas de remuneración para los empleados públicos de los municipios es competencia de los concejos municipales, en forma concurrente con el Congreso de la República, que de manera exclusiva señala los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso nacional y de la fuerza pública.

Así pues, el Gobierno Nacional señala los límites máximos de los salarios de estos servidores, de conformidad con los principios establecidos por el legislador, mientras que los **alcaldes fijan los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten los concejos municipales en los acuerdos correspondientes,** emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional, según las previsiones del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992.

Del anterior contexto, considera la Sala que la atribución conferida a las entidades territoriales en los artículos 300-7 y 313-6 de la Constitución Política para **determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de los órdenes seccional y local, comprende únicamente la facultad de establecer en forma sucesiva, numérica, progresiva y sistemática tablas salariales por grados, en donde se consignan la asignación o remuneración básica mensual para el año respectivo,** teniendo en cuenta la clasificación por niveles de los diferentes empleos - sobre la base además de que cada nivel tiene una nomenclatura específica de empleos y una escala de remuneración independiente-, **no involucrándose dentro de tal concepto la potestad de crear factores salariales diferentes.**

Recuérdese que una escala salarial es una sucesión sistemática, ordenada y progresiva de valores para cada uno de los diferentes niveles o categorías de empleos, **sin determinar denominación o código de empleo alguno en particular**, para luego, a partir de ella obtener la asignación salarial para cada uno de los empleos, lo cual es competencia del Alcalde Municipal.

Por lo tanto, analizado literalmente el contenido de los artículos 3° y 4° del acto acusado se determina que el mismo no estableció o fijó escala salarial alguna para las diferentes categorías o niveles de empleos, atendiendo a las prescripciones ya señaladas, pues, a pesar de establecer los **niveles** o

categorías (asesor, profesional, técnico y asistencial), grados y asignación básica, **incorpora además, en forma precisa a través del código, el empleo al cual se le asigna el respectivo salario**, lo que de acuerdo a los cargos planteados permite evidenciar que tal disposición desborda el marco de competencias del Concejo Municipal, ya que al fijar la asignación salarial en forma específica para cada empleo ha invadido sin lugar a equívocos la competencia del acalde, quien en virtud del mandato constitucional tiene la facultad exclusiva y excluyente de fijar el salario de cada uno de los empleos específicos de la planta de personal de la entidad, atendiendo a la escala de remuneración que para el efecto le corresponde establecer al Concejo. Por ello las pretensiones de la acción de invalidez del Acuerdo No. 016 de 2017 están llamadas a prosperar.

En este orden de ideas, la Sala advierte que efectivamente el Concejo Municipal de Chita se extralimitó en sus funciones, toda vez que por mandato constitucional le corresponde determinar las **escalas de remuneración de los funcionarios de las administración central**, mas no fijar en concreto los emolumentos de los empleos de dichas dependencias, que es una atribución asignada a los alcaldes de acuerdo con el numeral 7 del artículo 315 Superior.

Luego, el Concejo Municipal de Chita desconoció la prohibición de "*...intervenir en asuntos que no sean de su competencia, por medio de acuerdos o de resoluciones*", prevista en el artículo 41 de la Ley 136 de 1994, disposición que está en consonancia con el artículo 121 de la Carta, según el cual ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.

Por lo expuesto, este Tribunal declarará la invalidez del artículo 4° del Acuerdo 016 de 2017, toda vez que la facultad atribuida a los Concejos para fijar las escalas salariales fue concebida únicamente para **determinar los grados o niveles de las distintas categorías de empleos y no para crear elementos salariales, factores salariales o fijar en concreto los**

emolumentos de los empleos de las dependencias de la administración central.

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

FALLA:

PRIMERO. DECLARAR LA INVALIDEZ del artículo 4° del Acuerdo 016 de 7 de julio 2017 proferido por el Concejo Municipal de Chita.

SEGUNDO. Comuníquese esta determinación al Departamento de Boyacá, al Presidente del Concejo y al Alcalde Municipal de Chita.

En firme esta providencia procédase a su archivo dejando las anotaciones y constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión ordinaria de la fecha.

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrado

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifico por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 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**

ACCIONANTES:	ANA ELVIA ORJUELA DE SÁNCHEZ Y OTROS
ACCIONADOS:	CORPOBOYACÁ Y OTROS
REFERENCIA:	150012333000**201700625**-00
MEDIO DE CONTROL:	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ASUNTO:	RECHAZA DEMANDA - RECLAMACIÓN PREVIA

Verificado el expediente, se observa que los demandantes presentaron el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos en contra de CORPOBOYACÁ, la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA -ANM- y la COMPAÑÍA SAN MIGUEL por la presunta violación de los derechos al *"goce de un ambiente sano, moralidad pública, la existencia del equilibrio ecológico, y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su restauración, su conservación, o sustitución, por la* ***omisión de las autoridades públicas como de los particulares en el control y seguimiento técnico ambiental en las licencias otorgadas para la exploración y explotación del título minero DDU-151 del 11 de octubre de 2002****, que han* (sic) *irrogado daños y perjuicios al ambiente y a los recursos naturales no renovables en el bien inmueble denominado 'FINCA RURAL EL SAMAL O SAMAL ARBOLITOS O LAUREL - VEREDA PAUNITA' y los predios aledaños"* (f. 3).

Para la acreditación del cumplimiento del requisito de procedibilidad contemplado en el 4° del artículo 161 del CPACA, que remite a lo dispuesto en el inciso final del artículo 144 de la misma codificación, los accionantes aportaron copia de una solicitud radicada el 12 y 15 de junio de 2017 ante CORPOBOYACÁ y la ANM, respectivamente, en el que se pide lo que sigue (f. 48):

> *"(...) respetuosamente solicito a su despacho* ***adoptar medidas administrativas, sancionatorias y/o preventivas****, esto en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, tendientes a que se verifique* (sic) *los hechos y pruebas que dan cuenta en el documento anexo, dirigido a la Fiscalía General de la Nación.*

*Las autoridades administrativas peticionadas, **presuntamente han omitido ejercer control y seguimiento de manera eficiente, eficaz y objetiva al Título Minero N° DDU-151 del 11 de octubre de 2002**, que desde su otorgamiento han* (sic) *defraudado los bienes jurídicamente protegidos por el Estado, como las cesiones simuladas, defraudación y estafa a los derechos patrimoniales de los poderdantes como propietarios del inmueble 'FINCA RURAL EL SAMAL O SAMAL ARBOLITOS O LAUREL - VEREDA PAUNITA', lugar donde se desarrolla el proyecto minero de Esmeraldas. Así mismo, en lo atinente al otorgamiento de la Licencia Ambiental por parte de CORPOBOYACÁ (Resolución N° 01685 del 9 de diciembre de 2009), si bien se realizó* (sic) *observaciones en el año 2014, a la fecha existe total desconocimiento de las actividades realizadas en el proyecto, atribuible a la falta de Control y seguimiento, como de la coordinación entre Entidades gubernamentales. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

En respuesta a la anterior solicitud, CORPOBOYACÁ con oficio calendado del 6 de julio de 2017 expuso (f. 67):

"(...) Al respecto me permito informarle que por disposición legal, las funciones y competencias atribuidas a esta Corporación son expresamente en cuanto a la protección y preservación de los recursos naturales renovables, de conformidad con los Artículos 31 y 33 de la Ley 99 de 1.993 y demás normas pertinentes y concordantes, de tal suerte que no será de nuestra competencia coadyuvar las acciones penales, civiles y/o administrativas que pueda adelantar a favor de sus representados.

*Ya en lo que tiene que ver con la parte ambiental, **esta Entidad realizará el respectivo control y seguimiento a la Licencia Ambiental otorgada dentro del expediente OOLA-0002/08 con Título Minero DDU-151 por parte de profesionales adscritos a la Oficina Territorial de Pauna el día 26 de Julio de 2017, con el fin de verificar las posibles afectaciones a los recursos naturales renovables, y tomar las decisiones que el caso amerite**. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

A su vez, la ANM con oficio calendado del 30 de junio de 2017 expresó (ff. 68-69).

"(...) Revisado el documento anexo así como la documentación obrante en el expediente minero DDU-151, este despacho encuentra que en cuanto a la supuesta falta de control y seguimiento de manera eficiente, eficaz y objetiva por parte de esta Autoridad Minera, contrario a los (sic) *que describe la peticionaia* (sic) *en su escrito, esta Autoridad Minera a la luz de las competencias asignadas, sobre el contrato de concesión DDU-151 ha ejercido la debida fiscalización y vigilancia, pues al respecto es importante mencionar que esta Autoridad Minera realiza la vigilancia y control sobre los títulos mineros debidamente otorgaos e inscritos y dentro de las Actividades de fiscalización integral se evalúan cinco (5) aspectos fundamentales, como son: jurídicos, técnicos, económicos, ambientales y de seguridad e higiene, aspectos que involucran el seguimiento y control de la producción minera (...)*
(...)
*Por último, esta Autoridad Minera informa a la peticionaria que **dentro del expediente minero DDU-151 se encuentra en trámite un proceso***

> ***sancionatorio de multa y que una vez se efecúe*** (sic) ***visita técnica al título minero se procederá a evaluar inegramentre* (sic) *el mismo a fin de determinar las obligaciones que se encuentran pendientes por cumplir e iniciar las acciones pertinentes.*** *(...)*" (Negrilla fuera del texto original)

Cabe anotar que ambas entidades le indicaron a los accionantes que en la solicitud existían aspectos que no estaban dentro de su competencia, como por ejemplo los que encierran actuaciones que los demandantes califican como delitos frente a los cuales se consideran víctimas.

Ahora bien, en razón a que en la demanda los actores indicaron que no tenían conocimiento de que las visitas anunciadas se hubieran efectuado o que se hubieran adelantado actuaciones derivadas de su petición (ff. 42-43), esta Corporación mediante auto del 31 de agosto de 2017 (f. 156) dispuso oficiar a las entidades accionadas con el propósito de que informaran las actividades iniciadas en virtud de la solicitud en mención.

Como respuesta, la ANM con oficio radicado el 26 de octubre de 2017 (f. 161), además de reiterar la existencia de un proceso sancionatorio adelantado en contra de la COMPAÑÍA MINERA SAN MIGUEL S.A., adujo que fue adelantada visita técnica el 11 de septiembre de 2017 y se estaba llevando a cabo la evaluación integral del título. Adicionalmente, a través de mensaje de datos recibido el 1° de diciembre de 2017 (ff. 182-212) fueron aportados informes de visitas adelantadas el 26 de junio de 2016 y 10 de octubre de 2017, esta última donde se analizan aspectos que hacen parte del requerimiento previo a la interposición de la acción popular.

Al respecto, en el informe de visita se indicó que se estaban cumpliendo las recomendaciones efectuadas por la ANM con anterioridad, además de lo siguiente (ff. 204 v.-205):

> *"(...) Como resultado de la visita efectuada se pudo constatar que el título se encuentra Con Actividad Minera, que todas las actividades adelantadas por el titular minero SI corresponden con la etapa contractual y que las mismas se llevan a cabo dentro del polígono otorgado.*
>
> *Así mismo* ***NO hay presencia de minería ilegal*** *dentro del área del título, frente a la cual se evidenció que el titular minero* (sic) *el correspondiente trámite de amparo administrativo. (...)*" (Negrilla fuera del texto original)

Frente al componente técnico, la ANM expresó que los registros de producción de las minas El Tesoro y Los Cristales concordaban con las declaraciones de producción y liquidación de regalías presentadas por el titular minero y que no era necesario requerirlo para introducir correctivos en el procedimiento de medición de la producción. En cuanto

al componente ambiental, la entidad refirió que no observó manejo inadecuado de aguas ni captación, como tampoco aprovechamiento forestal o riesgo de contingencia ambiental.

En lo relativo al componente de seguridad e higiene minera sí fueron encontradas inconsistencias, frente a las cuales se impusieron medidas preventivas con tiempos determinados.

Por su parte, CORPOBOYACÁ el 15 de noviembre de 2017 se pronunció como sigue (f. 168):

> *"(...) En atención a la petición radicada por los aquí demandantes el día 12 de junio de 2017, profesionales de la Oficina Territorial de Pauna de la Corporación, llevaron a cabo **visita de seguimiento a la Licencia Ambiental** otorgada mediante Resolución No. 01685 del 09 de diciembre de 2009, para la explotación de un yacimiento de esmeraldas amparado con el contrato de concesión No. DDU-151 en un área localizada en la vereda Paunitas, jurisdicción del municipio de Muzo (Boyacá), **el día 01 de agosto de 2017, producto de la cual se emitió el Concepto Técnico No. SLA-0072/17**, el cual se allega en doce (12) folios.*
>
> *Es así como, mediante Auto No. 1467 del 10 de noviembre de 2017, se acogió el referido Concepto, disponiéndose requerir a los titulares mineros iniciar los trámites administrativos tendientes a obtener los permisos de vertimientos y concesión de aguas. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

Revisado el aludido concepto de fecha 22 de agosto de 2017 (ff. 169-174), se evidencia que se recomienda iniciar proceso sancionatorio por las siguientes razones:

- Existen indicios de que se están adelantando actividades de explotación minera, a pesar de que de acuerdo al contrato de concesión respectivo el proyecto debe estar en etapa de construcción y montaje de infraestructura.

- Se están adelantando actividades de captación de agua y aprovechamiento forestal para la construcción de la vía de acceso a los frentes de explotación, las cuales no han sido autorizadas.

- No hay soportes del cumplimiento del plan de manejo ambiental y tampoco se evidencia la construcción de cierta infraestructura frente a la cual previamente se había informado que estaba en etapa de ejecución.

Por lo anterior, la autoridad ambiental expidió el Auto No. 1467 del 10 de noviembre de 2017 (ff. 175-180), después de efectuar un análisis detallado de la situación evidenciada en la visita de seguimiento, concluyó que era

necesario ordenar el desglose de ciertas piezas procesales para iniciar un procedimiento sancionatorio ambiental, *"con el fin de establecer la responsabilidad por incumplimiento o desacato a resolución proferida por* (sic) *autoridad ambiental competente"*, lo cual fue ordenado en el numeral 1° de la decisión.

Bajo este contexto, la Sala considera que el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos debe **rechazarse de plano** por el incumplimiento sustancial del requisito de procedibilidad, que no puede ser subsanado por la parte actora.

En este sentido, el inciso final del artículo 144 del CPACA preceptúa lo que sigue:

> *"(...) ARTÍCULO 144. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. (...)*
> *(...)*
> *Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos,* ***el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudirse ante el juez****. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Sobre la interpretación de la disposición en cita, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado:

> *"(...) Se advierte que al imponer esta obligación* [requerimiento previo como requisito de procedibilidad] *al usuario* ***el Legislador pretendió que la Administración sea el primer escenario para solicitar la protección del derecho colectivo presuntamente violado, en aras de que, de ser posible, cese de manera inmediata la vulneración de tales derechos de suerte que al Juez Constitucional se debe acudir solamente cuando la autoridad administrativa, a la que se le imputa la vulneración, no conteste o se niegue a ello;*** *de igual forma, se puede prescindir del requerimiento cuando exista un inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable, lo cual debe sustentarse en la demanda. (...)"*[1] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

[1] CE 1, 13 Jul. 2017, e25000-23-41-000-2016-02092-01(AP)A, M. García. Al respecto, ver también: CE 1, 9 Mar. 2017, e25000-23-41-000-2016-00957-01(AP)A, R. Serrato; CE 1, 9 Mar. 2017, e66001-23-33-000-2015-00205-01(AP)A, R. Serrato; CE 1, 5 May. 2016, e05001-23-33-000-2014-01613-01(AP)A, R. Serrato; CE 1, 13 Nov. 2014, e25000-23-41-000-2013-02472-01(AP)A, G. Vargas;

Así las cosas, más allá del aspecto formal del requisito en mención, esto es, haber efectuado la reclamación previa a la entidad competente, el artículo 144 del CPACA y la jurisprudencia del Consejo de Estado son categóricos en afirmar que **la presentación del medio de control procede cuando la autoridad respectiva guarda silencio o se niega a actuar de conformidad a lo peticionado por el ciudadano**. Esto por cuanto el primer escenario para la protección de los derechos colectivos es el administrativo, contrario a lo que ocurría antes de la vigencia del CPACA, donde directamente se llevaban a Juez los litigios sin que las entidades competentes tuvieran la oportunidad de conocer y emprender acciones en procura de la defensa de las garantías aludidas.

En este caso, el objeto de la reclamación administrativa estaba referido a la solicitud de "*control y seguimiento técnico ambiental en las licencias otorgadas para la exploración y explotación del título minero DDU-151 del 11 de octubre de 2002*", para que la ANM verificara aspectos puestos de presente en el informe de evaluación del título minero elaborado el 13 de mayo de 2017 -con corte al 30 de abril del mismo año-, los cuales fueron analizados en el Auto - PARN No. 1022 del 4 de julio de 2017, donde además de verificar su cumplimiento[2] se dispuso requerir bajo apremio de multa al titular para que presentara los Formatos Básicos Mineros semestral y anual 2016, con la advertencia relativa a que debía renovarse la póliza minero ambiental que se encontraba vencida, so pena de la declaratoria de caducidad del contrato. Adicionalmente, de la providencia en mención se advierte que se encuentra abierto otro proceso sancionatorio por la no presentación del formato básico minero anual 2013, el cual no se ha decidido (f. 166 CD).

Por su parte, como se mencionó, CORPOBOYACÁ inició una actuación administrativa sancionatoria por las razones que motivan la presentación de la demanda; aspectos donde se presentan divergencias con las conclusiones de la visita efectuada por la ANM, especialmente en lo relativo a la captación de aguas y aprovechamiento forestal.

Por ende, habiéndose presentado la reclamación los días 12 y 15 de junio de 2017 ante CORPOBOYACÁ y la ANM, respectivamente, y emitiéndose las respuestas los días 6 de julio de 2017 y 30 de junio de 2017, se evidencia que las entidades accionadas iniciaron las acciones pedidas en la

[2] Algunas de las cuales se encontraron satisfechas, como frente a los formatos básicos mineros semestrales y anuales de los años 2003, 2004 y 2005 y anual 2014, junto con sus planos de labores; y el pago del canon superficiario de la cuarta anualidad de la etapa de construcción y montaje; el pago de regalías del año 2012, los tres primeros trimestres del año 2013 y los trimestres II y III del 2016. Debe precisarse que los aspectos relacionados con la afiliación de los trabajadores al Sistema de Riesgos Laborales o los que se acusan como delitos no corresponden a derechos o intereses colectivos.

solicitud, lo cual se hace patente en la realización de las visitas técnicas y la apertura y trámite de procesos sancionatorios.

Así las cosas, la Sala considera que la ANM y CORPOBOYACÁ no han guardado silencio ni se han negado a adelantar las actuaciones pedidas por los actores para evitar y/o superar la vulneración de los derechos colectivos, siendo ese el primer escenario -anterior al jurisdiccional- definido por el legislador para tal fin. Es menester precisar que, si bien es cierto el Consejo de Estado ha señalado que la interpretación del requisito de procedibilidad acá examinado debe llevarse a cabo de forma amplia teniendo como referencia la naturaleza y finalidad de la acción[3], esto no significa que por ello deba perder su efecto útil y teleología, ya que exigirle a las autoridades ambiental y minera en este caso que en 15 días (el tiempo con que contaban para contestar la reclamación previa) hicieran la verificación en terreno de los hechos e iniciaran y finalizaran las actuaciones administrativas correspondientes con respeto de las garantías relacionadas con el debido proceso, sería equivalente a imponerles una carga imposible de cumplir y haría inane el propósito de la citada reclamación.

Finalmente, si eventualmente se indicara que el requisito era inexigible por la configuración de un perjuicio irremediable, debe recordarse que la accionante acudió al mismo previo a presentar la demanda y, después de recibir las respuestas emitidas por las entidades accionadas, tardó casi 2 meses en radicar el medio de control, lo que desdibuja la urgencia e impostergabilidad de la acción. Además, no fue probado que se esté ante una situación de tal magnitud que tenga *"la potencialidad de dar como resultado la concreción de un perjuicio que solo puede ser reparado en su integridad por la vía indemnizatoria puesto que no se podría remediar in natura ni ser recuperado en su integridad"*[4], que constituye el requisito esencial del concepto de perjuicio irremediable.

Por todo lo anterior, la demanda será rechazada; no obstante, se exhortará a la ANM y a CORPOBOYACÁ para que, dentro del marco de sus competencias, de manera ágil actúen coordinadamente para verificar la subsanación de las falencias encontradas en materia ambiental dentro del Título Minero No. DDU-151.

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

---

[3] Ver, por ejemplo, CE 3A, 28 Ago. 2017, e17001-23-33-000-2016-00295-01(AP)A, M. Velásquez (e).
[4] CE 1, 17 Mar. 2017, e17001-23-33-000-2014-00389-01(AP)A, R. Serrato.

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR la demanda de la referencia, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: EXHORTAR a la **ANM** y a **CORPOBOYACÁ** para que, en el marco de sus competencias, dentro de los términos de ley, actúen coordinadamente para verificar la subsanación de las falencias encontradas en materia ambiental dentro del Título Minero No. DDU-151. Para el efecto, comuníqueseles la presente providencia.

TERCERO: En firme este auto, entréguense los anexos sin necesidad de desglose y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO
No. 4 DE HOY _____
A LAS 8:00 A.M.
SECRETARIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 2

Demandante	Miguel Antonio Otálora Mesa
Demandado	Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Expediente	15001-23-33-000-2017-00627-00.
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Tema	Auto Inadmite demanda.

Ingresa el expediente al despacho, para resolver sobre la admisión de la demanda presentada por el señor Miguel Antonio Otálora Mesa a través de apoderado judicial, en contra de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Revisado el expediente, se observa que el líbelo presentado, no reúne los requisitos legales exigidos en el artículo 162 del CPACA, por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 170 de ese mismo Estatuto, se inadmitirá la demanda para que dentro de los 10 días siguientes a la notificación de esta providencia, la parte demandante corrija el siguiente defecto, so pena de rechazo:

Estimación razonada de la cuantía: Según lo dispuesto en el numeral 7º del articulo 162 ibídem, se advierte una inconsistencia en la estimación razonada de la cuantía para efectos de determinar la competencia, en consideración a que la misma se debe determinar desde el 19 de mayo de 1992, fecha a partir de la cual se reclama el derecho, y hasta el 19 de mayo de 1995, esto en aplicación del inciso final del artículo 157 del C.P.A.C.A., el cual establece que la estimación de la cuantía no puede pasar de 3 años.

Por lo anterior,

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, presentada por el señor Miguel Antonio Otálora Mesa a través de apoderado judicial, en contra de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONCEDER a la parte demandante, un término de diez (10) días para que corrija los defectos anotados en esta providencia so pena de rechazo, conforme lo señala el artículo 170 del CPACA.

TERCERO: RECONOCER personería para actuar como apoderado de la parte demandante al abogado CARLOS DAVID FONSECA PERICO, portador de la T.P. No. 193.261 del C.S.J., en los términos del poder conferido por el señor MIGUEL ANTONIO OTÁLORA MESA.

CUARTO: NOTIFICAR esta providencia por estado electrónico en los términos del artículo 201 del CPACA. Envíese mensaje de datos a la parte actora a la dirección indicada en la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 *Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial.*
Hoy, _____ *siendo las 8:00 A.M.*

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 2

Tunja 24 ENE 2018

Medio de Control	:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**Mario Eduardo Alvarado Carreño**
Demandado	:	**Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales**
Expediente	:	**15001-23-33-000-2017-00667-00**

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Ingresa el proceso al despacho una vez subsanados los defectos señalados en el auto inadmisorio.

Del estudio realizado observa el despacho que carece de competencia como pasa a exponerse.

El artículo 157 de la Ley 1437 de 2011 consagra:

> **"Para efectos de competencia**, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen.
>
> (...)
>
> Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, **la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años.**

De acuerdo con lo anterior, se observa que al subsanar la demanda en lo relacionado a estimar la cuantía la parte actora fijó el valor de lo pretendido que considera adeudado por los tres últimos años, en la suma de **56.059.127**, sin embargo, al revisar esa estimación da cuenta el despacho que por los últimos tres años, es decir, 2015, 2016 y 2017 y al tiempo de la demanda (mes

de julio de 2017) la suma equivale a **$36.714.214**, siendo claro que la cifra no excede los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, monto fijado por el artículo 152 del C. P. A. C. A., como punto de partida para la competencia del Tribunal en asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.

Como quiera que del folio 61 del expediente se vislumbra que el último lugar de prestación de servicios del demandante fué en la Institución Educativa Normal Superior Sagrado Corazón de Chita, en consecuencia, son los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Duitama los competentes para conocer del asunto, de conformidad con el artículo 2° del Acuerdo No. PSAA15-10449 de 31 de diciembre de 2015 expedido por el C.S.J, y con los dispuesto en los numerales 2° del artículo 155 del C.P.A.C.A. y 3° del artículo 156 ibídem.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la incompetencia de este Tribunal para conocer del asunto de la referencia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente al Centro de Servicios de esta ciudad para que efectúe el reparto de la demanda entre los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Duitama, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Por Secretaría, déjense las anotaciones del caso.

Notifíquese y cúmplase

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 25 OCT 2017

Demandante	Augusto Vargas Sáenz
Demandado	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
Expediente	15001233300020170069200
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Auto inadmite demanda.

Visto el informe secretarial de fecha 17 de octubre de 2017 (Fl 447), el Despacho observa la demanda presentada el día 20 de septiembre de 2017 (Fl 444), por AUGUSTO VARGAS SAENZ en contra de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y, al respecto se encuentra que:

1.- La parte demandante no realiza la estimación razonada de la cuantía, exigencia prevista en el numeral 6 del artículo 162 del CPACA, ello por cuanto se hace necesaria a efectos de determinar la competencia de éste Tribunal en el presente asunto.

Adicionalmente conforme al inciso tercero del artículo 157 ibídem "*En las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía,* ***so pretexto de renunciar al restablecimiento***". (Destacado por la Sala).

Entonces una vez verificada la falencia anotada, de conformidad con el artículo 170 de la Ley 1437 de 2011, se inadmitirá la demanda a efecto que la parte demandante, se sirva corregirla en el defecto anotado, so pena de rechazo.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 de la Ley 1437 de 2011, se inadmite la presente demanda, a efecto que la parte demandante dentro del término de diez (10) días contados a partir de la notificación de éste proveído, se sirva subsanarla en razón a los defectos de que adolece.

SEGUNDO. Conforme a lo anotado, si en el plazo señalado la demanda no es subsanada, se procederá a su rechazo.

TERCERO. Se reconoce personería para actuar a la abogada Luz Amparo Forero Caviedes, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.285.061 y Tarjeta Profesional No. 67.888 del C.S.J., para actuar como apoderada de la parte demandante, en los términos del memorial poder visto a folio 35.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO

N °De Hoy ----------
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 2 6 [illegible]

Demandante	Blanca Virginia Fernández de Pérez
Demandado	Ministerio de Educación – Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación – Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP
Expediente	15001-23-33-000-2017-00834-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Decisión	Inadmite demanda

Ingresa el expediente al despacho para decidir sobre la admisibilidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada a través de apoderado judicial por la señora BLANCA VIRGINIA FERNÁNDEZ DE PÉREZ, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP) (fls. 24 a 46).

Revisada la demanda, encuentra el Despacho que la misma resulta inadmisible, dado que adolece de algunos defectos, como pasa a señalarse:

1. Capacidad y representación de las partes

En el caso que nos ocupa, las pretensiones de la demanda se encuentran encaminadas al reconocimiento y pago de la pensión gracia que pudiera corresponderle, para lo cual solicita se vincule como parte demandada a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, entidad que decidió negativamente la solicitud de la demandante en vía administrativa.

De igual forma, solicita se vincule como demandados al Ministerio de Educación – Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación de Boyacá, pero no indica de forma puntual cuál es la responsabilidad que le asiste a estas últimas entidades en el reconocimiento de su pensión gracia, por lo que deberá explicar tal aspecto, o si es del caso, excluirlas como parte demandada.

2. Falta de precisión y claridad en la enunciación de las pretensiones

El artículo 162 del CPACA, atinente a los requisitos de la demanda, en su numeral 2º, prescribe que debe señalarse lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.

Por consiguiente, el demandante tiene la carga de formular la petitum indicando con exactitud lo que pretende, de forma tal que el juzgador pueda adoptar una decisión de fondo, y se evite llegar a un fallo inhibitorio.

Al revisar la demanda, se observa que la demandante encamina las dos primeras pretensiones a la declaratoria de nulidad de la Resolución Nº 30734 del 8 de julio de 2008 proferida por la UGPP por medio de la cual se negó el reconocimiento de la pensión gracia, así como de la Resolución Nº PAP 031001 del 22 de diciembre de 2010, expedida igualmente por la UGPP, por medio de la cual se confirmó la primera.

De otro lado, encamina las pretensiones tercera y cuarta a que se declare la nulidad de los actos contenidos en la certificación de historia laboral Nº 1237 del 20 de abril de 2016 expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, y la certificación Nº 748 del 18 de mayo de 2016, expedida igualmente por dicha entidad.

No obstante, en la pretensión quinta, al efectuar las solicitudes de condena, encamina sus pretensiones a que se ordene a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales que le reconozca y pague la pensión de jubilación gracia que pudiere corresponderle, pero no refiere petición alguna encaminada al restablecimiento del derecho que pudiera derivarse de la eventual declaratoria de nulidad de los actos cuya nulidad se solicita en las pretensiones 3 y 4, los cuales no fueron expedidos por la UGPP, sino por la Secretaría de Educación de Boyacá.

De lo anterior se colige que los actos susceptibles de control judicial en el presente asunto son los contenidos en las Resoluciones 30734 del 8 de julio de 2008 PAP 031001 del 22 de diciembre de 2010 proferidas por la UGPP, por medio de las cuales se resolvió de fondo la solicitud de la demandante encaminada al reconocimiento de la pensión de gracia.

Contrario sensu, no resultan pasibles de control judicial los actos contenidos en la certificación de historia laboral Nº 1237 del 20 de abril de 2016, y la certificación Nº 748 del 18 de mayo de 2016 expedidas por la Secretaría de Educación de Boyacá, por tratarse de actos de trámite y no de actos definitivos que crean, modifican o extinguen derechos. En consecuencia, las pretensiones encaminadas a la declaratoria de nulidad de estas, deben excluirse de la demanda.

De igual forma, como quiera que lo pretendido se encuentra encaminado al reconocimiento y pago de la pensión gracia, deberá la parte demandante indicar la fecha a partir de la cual debe hacerse el reconocimiento de dicha pensión.

En consecuencia, la demandante deberá precisar y aclarar las pretensiones anteriormente señaladas, excluyendo si es del caso, las pretensiones referidas a la nulidad de con la finalidad de trazar el marco de la controversia judicial.

3. Los hechos no están debidamente determinados

El numeral 3º del artículo 162 ibídem, indica que los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, deben estar debidamente determinados, clasificados y numerados.

El propósito de esta exigencia en cuanto a la enunciación de los hechos que sustentan su pretensión con precisión, orden y claridad, tiene como correspondencia el poder exigir al demandado que en la contestación a la demanda exponga su posición sobre los hechos narrados por el demandante, debiendo precisar, a su turno, enumeradamente en cuáles da su conformidad y en cuales no; lo cual asegura a cabalidad el derecho de contradicción y de defensa del demandado y posibilita adicionalmente al operador judicial, la fijación del litigio al cual se refiere el numeral 7º del artículo 180 del CPACA.

Revisada la demanda, se observa que los hechos 6, 7, 8, 9 y 10, no constituyen en estricto sentido situaciones fácticas que sustenten las pretensiones de la demanda, sino que en ellos el apoderado demandante hace referencia al soporte normativo y jurisprudencial, así como a manifestaciones subjetivas que según su dicho resultan aplicables al caso de la demandante, asunto que debe incluirse dentro de los fundamentos de derecho de la demanda, tal como lo prevé el numeral 4° del artículo 162 del CPACA.

Por consiguiente, la parte demandante deberá adecuar los hechos de la demanda incluyendo únicamente los aspectos fácticos que den sustento a la demanda, y excluyendo los aspectos de orden normativo, jurisprudencial y subjetivo.

4. Determinación de la cuantía

Dentro del acápite de la cuantía, la parte demandante la estima en la suma de $79.270.008 producto de las mesadas dejadas de percibir durante los años 2014 a 2017, indicando el valor de la mesada año por año. Sin

embargo, no indica de forma clara las variables tenidas en cuenta a efectos de establecer el monto de cada mesada pensional, máxime cuando los actos demandados datan del año 2010.

Por lo anterior, la parte demandante deberá estimar razonablemente la cuantía cuantificando el valor de la mesada pensional desde el momento a partir del cual considera que tiene derecho a la pensión gracia; es decir, desde el momento a partir del cual adquirió el status jurídico, y luego de ello deberá dar aplicación al artículo 157 del CPACA que establece que *"Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años".*

Entonces, una vez verificadas las falencias anotadas, de conformidad con el artículo 170 del CPACA, se inadmitirá la demanda a efecto de que la parte demandante se sirva corregir los defectos anotados so pena de rechazo de la demanda.

Por lo expuesto, el Despacho Nº 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, presentada por la señora BLANCA VIRGINIA FERNÁNDEZ DE PÉREZ contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP), por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONCEDER a la parte demandante, un término de diez (10) días para que corrija los defectos anotados en esta providencia so pena de rechazo, conforme lo señala el artículo 170 del CPACA.

TERCERO: RECONOCER personería para actuar al abogado ANDRÉS HENZ GIL CRISTANCHO, identificado con cédula de ciudadanía Nº 13.488.604 y portador de la Tarjeta Profesional Nº 125.649 del C.S. de la J, como apoderado de la parte demandante conforme al poder con que se presentó la demanda.

CUARTO: NOTIFICAR esta providencia por estado electrónico en los términos del artículo 201 del CPACA. Envíese mensaje de datos a la parte actora a la dirección indicada en la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico
Nro. 11 Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial,
Hoy, [illegible] siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No 2

Tunja, 24 ENE 2018

Medio de Control	:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**Rafael Antonio Parra Serna**
Demandado	:	**Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales**
Expediente	:	**15001-23-33-000-2017-00874-00**

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Ingresa el proceso proveniente del Juzgado Doce Administrativo de Tunja, despacho que se abstuvo de avocar conocimiento por falta de competencia en razón del factor cuantía.

Por lo anterior, corresponde proveer sobre la admisión de demanda, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y una vez realizado el estudio correspondiente, se observa que la parte accionante cumple a cabalidad con los requisitos para la admisión de la demanda donde es demandante Rafael Antonio Parra Serna en contra de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, razón por la cual éste Despacho con conocimiento en primera instancia le dará curso.

En consecuencia, y conforme lo ordena el artículo 171 del C. P. A. C. A., para su trámite, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR la demanda promovida por el señor Rafael Antonio Parra Serna mediante apoderado judicial en contra de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales.

SEGUNDO: En armonía con lo señalado en el artículo 171 del C.P.A.C.A., notifíquese personalmente este proveído al representante legal de Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, en la forma establecida en el artículo 199 ibídem, modificado por el 612 del C.G.P.

TERCERO: De conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.P.A.C.A., notifíquese por estado electrónico este proveído a la parte actora.

CUARTO: En avenencia con lo instituido en el artículo 171 del C.P.A.C.A., notifíquese personalmente esta providencia al señor representante del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, en la forma establecida en el artículo 199 *ibídem,* modificado por el 612 del C.G.P.

QUINTO: Notifíquese personalmente este auto al representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, acorde con lo señalado en el artículo 199 del C. P. A. C. A., modificado por el 612 del C. G. P.

SEXTO: Oportunamente, conforme al artículo 172 del C.P.A.C.A., córrase traslado de la demanda a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por el término de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo de que tratan los artículos 199 del C.P.A.C.A., modificado por el 612 del C.G.P.

SÉPTIMO: De acuerdo con el numeral 4° del artículo 171 del C.P.A.C.A., y con el artículo 1° del Acuerdo PSAA16-10458 del C. S. de la J. que actualizó los valores de arancel judicial en un monto de $7000 pesos para notificación de cada demandado y $5200 pesos para el traslado al Procurador Delegado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, la parte actora deberá depositar la suma de **doce mil doscientos pesos ($12.200), en la cuenta No. 41503009030-1 del Banco Agrario** a nombre de Depósitos Judiciales de Gastos Procesales del Tribunal Administrativo de Boyacá, suma

que se invertirá únicamente en notificaciones; si cuando el proceso termine, quedare algún saldo, le será devuelto, para cuyo efecto desde ahora se autoriza a la Secretaría de esta Corporación para ello.

OCTAVO: Requiérase a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, para que durante el término de contestación de la demanda remita copia íntegra y legible de los antecedentes administrativos que dieron lugar a la actuación objeto del proceso, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 175 del C.P.A.C.A.

NOVENO: Reconocer personería al Víctor Manuel Cárdenas Valero, identificado con C.C. N° 6.758.964 de Tunja y portador de la T.P. N° 112186 del C. S. de la J., para actuar como apoderado de la parte actora en los términos y para los efectos del poder legalmente conferido.

Notifíquese y Cúmplase,

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 11 de hoy. 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 25 SET 2018

Demandante	Nubia Esperanza Ramírez Ramírez y Germán Enrique Mesa Higuera
Demandado	Agencia Nacional de Minería
Expediente	15001-23-33-000-2017-00896-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Decisión	Inadmite demanda

Proveniente del Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja, ingresa el expediente al despacho para decidir sobre la admisibilidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada a través de apoderado judicial por los señores NUBIA ESPERANZA RAMÍREZ RAMÍREZ y GERMÁN ENRIQUE MESA HIGUERA, en contra de la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA (fls. 2 a 9).

Revisada la demanda, encuentra el Despacho que la misma resulta inadmisible, dado que adolece de algunos defectos, como pasa a señalarse:

1.- Al observar las pretensiones de la demanda, encuentra el Despacho que las mismas están encaminadas a que se declare la nulidad de la Resolución VSC0001723 del 30 de diciembre de 2016 proferida por la Agencia Nacional de Minería, y a que se ordene a la misma entidad resolver los recursos de reposición y apelación incoados contra la Resolución GSC-ZC-000062 del 22 de febrero de 2016.

No obstante, observa el Despacho que la resolución demandada es aquella mediante la cual se resolvió por la entidad demandada, el recurso de reposición incoado en contra de la Resolución GSC-ZC-000062 del 22 de febrero de 2016, pero esta última no fue demandada, por lo que la parte demandante deberá corregir las pretensiones de su demanda en orden a efectuar la integración de la proposición jurídica completa con inclusión de la mentada resolución.

2.- En igual sentido, se observa que la Resolución VSC001723 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución GSC-ZC-000062 del 22 de febrero de 2016, data del 30 de diciembre de 2016, en tanto que la solicitud de conciliación prejudicial fue radicada ante la autoridad competente el 26 de mayo de 2017, por lo que a efectos de contabilizar el término de caducidad del medio de control, la parte demandante deberá allegar la respectiva constancia de notificación de dicho acto administrativo.

3.- La parte demandante deberá además precisar además cuáles son los fundamentos de derecho de sus pretensiones, indicando las normas que considera violadas y el concepto de la violación en la forma dispuesta por el numeral 4° del artículo 162 del C.P.A.C.A.

Entonces, una vez verificadas las falencias anotadas, de conformidad con el artículo 170 del CPACA, se inadmitirá la demanda a efecto de que la parte demandante se sirva corregir los defectos anotados so pena de rechazo de la demanda.

Por lo expuesto, el Despacho N° 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, presentada por los señores NUBIA ESPERANZA RAMÍREZ y GERMÁN ENRIQUE MESA HIGUERA en contra de la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONCEDER a la parte demandante, un término de diez (10) días para que corrija los defectos anotados en esta providencia so pena de rechazo, conforme lo señala el artículo 170 del CPACA.

TERCERO: RECONOCER personería para actuar al abogado AUGUSTO CÉSAR RINCÓN CHAPARRO, identificado con cédula de ciudadanía N° 7.225.665 y portador de la Tarjeta Profesional N° 78.877 del C.S. de la J, como apoderado de la parte demandante conforme al poder con que se presentó la demanda.

CUARTO: NOTIFICAR esta providencia por estado electrónico en los términos del artículo 201 del CPACA. Envíese mensaje de datos a la parte actora a la dirección indicada en la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico
Nro. 11 Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial,
Hoy, 2 siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 12 [illegible] 2019

Demandante	Consorcio Vías por Boyacá
Demandado	Departamento de Boyacá
Expediente	15001-23-33-000-2017-00898-00
Medio de control	Controversias Contractuales
Tema	Auto Inadmite demanda

Ingresa el expediente al despacho, para resolver sobre la admisión de la demanda presentada por el Consorcio Vías por Boyacá, a través de apoderado judicial, en contra del Departamento de Boyacá.

Revisado el expediente, se observa que el líbelo presentado, no reúne los requisitos legales exigidos en el artículo 162 del CPACA, por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 170 de ese mismo Estatuto, se inadmitirá la demanda para que dentro de los 10 días siguientes a la notificación de esta providencia, la parte demandante corrija el siguiente defecto, so pena de rechazo:

Falta de legitimación en la causa por activa: El numeral 3° del artículo 166 CPACA, indica que a la demanda deberá acompañarse el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, es así como en el asunto a sub examine, el Despacho advierte que una vez analizada la demanda y sus anexos no encuentra acreditado el interés con el que interviene la sociedad ASSIGNIA INFRAESTRUCTURAS S.A. SUCURSAL COLOMBIA, por lo tanto requiere se aclare la condición de la mencionada empresa dentro de la controversia que nos ocupa.

Por lo anterior,

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR la demanda de Controversia Contractual, presentada por el Consorcio Vías por Boyacá, contra el Departamento de Boyacá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONCEDER a la parte demandante, un término de diez (10) días para que corrija los defectos anotados en esta providencia so pena de rechazo, conforme lo señala el artículo 170 del CPACA.

TERCERO: RECONOCER personería para actuar al abogado Juan Fernando Espinosa Restrepo, identificado con cédula de ciudadanía N° 19.130.378 de Bogotá y portador de la T.P. No. 52813 del C.S. de la J., como apoderado de la parte demandante conforme al poder con que se presentó la demanda.

CUARTO: NOTIFICAR esta providencia por estado electrónico en los términos del artículo 201 del CPACA. Envíese mensaje de datos a la parte actora a la dirección indicada en la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, Hoy, 4 de marzo de 2019 siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 2

Tunja

24 ENE 2018

Medio de Control	:	**Reparación Directa**
Demandante	:	**Carlos Julio Vargas Lancheros y Otros**
Demandado	:	**Empresa de Energía de Boyacá**
Expediente	:	**15001-23-33-000-2017-00941-00**

Magistrado Ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Ingresa el proceso al despacho para resolver sobre la admisión de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de reparación directa.

Según el numeral 5° del artículo 152 del C.P.A.C.A, los Tribunales Administrativos son competentes en primera instancia en los procesos relativos a reparación directa provenientes de una acción u omisión, cuando la cuantía exceda los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para determinarla, a su vez, es necesario acudir a las reglas previstas en el artículo 157 ibídem, que establece:

> "ARTÍCULO 157. COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA. Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, **según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen.** En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones.
>
> Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor.

En las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.

La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella.

Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años." (Resaltado fuera de texto original)

La Subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto de **12 de enero de 2016** dentro del proceso radicado bajo el número 11001333502520130041101 (49590) promovido por Asepcol Ltda., contra CAPRECOM, dilucidó:

"(...) Efectivamente, es claro que el demandante al realizar la estimación razonada de la cuantía no tuvo en cuenta únicamente la mayor de las pretensiones de la demanda, como lo exige el artículo 157 del C.P.A.C.A.[1], sino que señaló la suma correspondiente a la adición de todas ellas, correspondientes a los valores de los distintos contratos que pretende sean reliquidados. **Por ello, ese monto no puede ser tomado a ojos cerrados para efectos de calcular la cuantía del proceso, sino que es preciso que el juzgador analice de forma holística e integral las pretensiones de la demanda, de modo que advierta cuál de ellas es la mayor.** En ese entendido, le asiste razón al Tribunal Administrativo de Cundinamarca al señalar que esta corresponde al valor del contrato CN01-107. (...)"

[1] "Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones. // Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor. // En las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento. // La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella. // Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años".

De lo anterior se infiere que la estimación de la cuantía no puede ser tomada de manera caprichosa por el demandante, sino que debe hacerse un razonamiento estimado de la misma.

El Consejo de Estado, en Sala de lo Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, Subsección "C", con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gambo, en sentencia de 17 de octubre de 2013, radicación N° 11001-03-26-000-2012-00078-00(45679), interpretando la norma arriba transcrita precisó:

> "...conforme a lo señalado en el artículo 157 del CPACA en consonancia con la interpretación dada por esta Sala, por lo tanto la base objetiva para determinar la cuantía del asunto está dada i) **por los perjuicios materiales**; en todo caso, se impone una distinción adicional, pues habida cuenta que existe una acumulación **de pretensiones, ii) preciso será tomar de aquellas la de mayor monto individualmente considerada y, por último, se reitera que iii) no se pueden contabilizar los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda.**
>
> Acorde con lo anterior, en el presente caso se encuentra **que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a lo solicitado por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado** a favor del señor José Álvaro Torres, en un monto de $11.530.000, equivalente a 20,34 salarios mínimos mensuales legales vigentes de 2012, año de presentación de la demanda, a razón de $566700 el SMMLV de tal año." (Resaltado fuera de texto, subrayado original).

En efecto, es imperioso destacar que la competencia por cuantía sólo puede atender a los perjuicios materiales como lo determina el artículo 157 del CPACA y, cuando se acumulan pretensiones, se fijará por el valor de la pretensión mayor individualmente considerada.

En el presente asunto, en el acápite denominado "ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA" (fls. 28-31), ella se estima en **$1.981.638.718**, teniendo en cuenta los conceptos que relacionan a continuación:

1. Avaluó comercial del predio por la suma de $738.886.171
2. Avaluó comercial de la servidumbre por el valor de $42.777.000
3. Valor de la explotación restringida por servidumbre impuesta por la suma de $1.200.000.000

De acuerdo con lo expuesto, para determinar la competencia por el factor cuantía no se tendrán en cuenta los parámetros estimados en los numerales uno y tres, como quiera que del análisis integral de la demanda y de los supuestos fácticos, da cuenta el despacho que la base objetiva para determinar la cuantía está dada en la imposición de la servidumbre, cuantía que por ello la estimó en $42.777.000.

Corolario de lo anterior, respecto al monto fijado por la presunta explotación restringida, dicha utilidad es una expectativa futura y para efectos de la competencia por el factor cuantía se determina por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda**, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados**, razón por la que sólo se determina para tal fin el valor que indicó por la servidumbre impuesta.

Por lo anterior, y como quiera que el grado de afectación de la servidumbre impuesta y no pagada la determinó en la suma de **$42.777.000,** no alcanza a los 500 SMLMV necesarios para atribuir la competencia para conocer de este proceso, lo cual fuerza su remisión a los Juzgados Administrativos como lo dispone el artículo 168 del CPACA.

En materia de competencia territorial, prevé el artículo 156 numeral 6 ibídem, que en asuntos de reparación directa se determinará por el lugar en donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas.

Comoquiera que los hechos de la demanda, se desarrollan en el municipio de Samacá, serán los juzgados del Circuito de Tunja.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la incompetencia de éste Tribunal para conocer del asunto de la referencia.

SEGUNDO: **Por Secretaría**, remítase el expediente de manera inmediata al centro de servicios de los Juzgados Administrativos del Circuito de Tunja, para su reparto.

TERCERO: Déjense las constancias y anotaciones del caso.

Notifíquese y cúmplase,

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifico por estado
No. 11 de hoy. 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

ACCIONANTE:	LUIS ARMANDO SUESCUN MONROY
ACCIONADO:	UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA - FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
REFERENCIA:	150012333000-**2017-01013-00**
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se encuentra el proceso para decidir sobre la admisión del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, incoado por LUIS ARMANDO SUESCUN MONROY, a través de apoderado judicial, contra la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA - FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de demanda, el actor en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 del C.P.A.C.A, formuló demanda, a efectos de obtener la nulidad de la **Resolución No. FP- 0234 del 11 de julio de 2017,** proferida por **la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA - FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL,** mediante la cual se resuelve negativamente la solicitud de reliquidación pensional; asimismo pidió la declaratoria de nulidad de la **Resolución No. FP-0392 del 04 de octubre de 2017,** que confirmó la decisión inicial.

Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA - FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL** a reliquidar la pensión

que viene devengando con el 75% del promedio de la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios.

II. CONSIDERACIONES

Al momento de hacer el estudio inicial de la demanda de la referencia, se hace preciso un análisis respecto a la competencia territorial para el conocimiento de la misma, por parte de esta Corporación.

Así entonces, advierte el Despacho que en lo referente al territorio como factor para determinar la competencia para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el numeral 2 del artículo 156 del C.P.A.C.A, dispuso:

> ***"ARTÍCULO 156. COMPETENCIA POR RAZÓN DEL TERRITORIO.*** *Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes regias:*
> *(...)*
> *2. En los de nulidad y restablecimiento se determinará por el lugar donde se expidió el acto o por el domicilio del demandante,* ***siempre y cuando la entidad demandada tenga oficina en dicho lugar.***

Por tanto, respecto al primer punto a analizar se tiene que los actos administrativos, hoy impugnados, se expidieron por la Universidad Nacional- Fondo Pensional, ahora bien, frente al segundo presupuesto, se extrae de la demanda que el domicilio del demandante es la Calle 37 No. 9-20 de la Ciudad de Tunja (fl. 30 vto), sin embargo la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA - FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL** no tiene oficinas en el Departamento de Boyacá, sino en la ciudad de Bogotá.

Por lo anterior, concluye el Despacho en primer lugar, que esta Corporación no puede conocer del trámite del presente asunto, en virtud

de la falta de competencia por factor territorial, y en segundo lugar que, ésta última le corresponde al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo que en los términos del artículo 168 del CPACA, se ordenará remitir el expediente a esa Corporación.

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la falta de competencia del Tribunal Administrativo de Boyacá para conocer de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, incoada por **LUIS ARMANDO SUESCUN MONROY**, contra la contra el la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA - FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL**.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por ser el competente para conocer del medio de control de la referencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Notificar a la parte demandante en los términos del artículo 201 del CPACA, esto es por estado electrónico.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 11 De Hoy ----------
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

25 ENE. 2018

ACCIONANTE:	NELLY MARCELA ALFONSO TOLOZA
ACCIONADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONPREMAG
REFERENCIA:	150012333000-**2017-01040-00**
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Revisado el expediente, se observa que la señora NELLY MARCELA ALFONSO TOLOZA, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 del CPACA, formuló demanda contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONPREMAG, a efectos de obtener la nulidad del Oficio No. 20170170948821 del 4 de agosto de 2017, que negó el reconocimiento de sanción moratoria.

Las actuaciones, fueron remitidas a esta Corporación por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, quien por auto del 23 de noviembre de 2017, resolvió abstenerse de avocar conocimiento por carecer de competencia en razón de la cuantía.

Observa el despacho que en todo caso al demandar un acto administrativo o pronunciamiento de la administración pública que negó la pretensión económica del demandante se debe acudir a la acción propia descrita en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, que reza:

> ***"Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho.***
>
> *Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*
>
> *Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente*

violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."

En el sub lite, se demanda el oficio No. 20170170948821 del 4 de agosto de 2017, que negó la solicitud para el reconocimiento de la sanción moratoria en el retardo del pago de las cesantías, aspecto que descontextualiza la formulación de un título ejecutivo, y traslada la titularidad de la acción a la postulación del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos concretos.

El numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala:

"Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a este régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas. 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 3. ***De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes".*** *(Subrayas y negritas del despacho).*

Para el despacho está claro que en el presente caso no se está frente a la hipótesis de un asunto laboral en el que la regla para la competencia por el factor cuantía sería la del numeral 2 ibídem, sino que se trata de un caso muy distinto en el que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho pretende la nulidad de un acto administrativo que niega la solicitud del pago de la sanción moratoria, es decir, el reconocimiento económico de unos intereses ocasionados por el pago tardío de un prestación ya reconocida y cancelada.

En otras palabras, en el presente caso no se discute el reconocimiento de una prestación laboral, como son las cesantías, sino la consecuencia económica del no pago oportuno de la misma, equivalente a la sanción

violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."

En el sub lite, se demanda el oficio No. 20170170948821 del 4 de agosto de 2017, que negó la solicitud para el reconocimiento de la sanción moratoria en el retardo del pago de las cesantías, aspecto que descontextualiza la formulación de un título ejecutivo, y traslada la titularidad de la acción a la postulación del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos concretos.

El numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala:

"Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a este régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas. 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 3. ***De los de nulidad*** *y* ***restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes".*** *(Subrayas y negritas del despacho).*

Para el despacho está claro que en el presente caso no se está frente a la hipótesis de un asunto laboral en el que la regla para la competencia por el factor cuantía sería la del numeral 2 ibídem, sino que se trata de un caso muy distinto en el que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho pretende la nulidad de un acto administrativo que niega la solicitud del pago de la sanción moratoria, es decir, el reconocimiento económico de unos intereses ocasionados por el pago tardío de un prestación ya reconocida y cancelada.

En otras palabras, en el presente caso no se discute el reconocimiento de una prestación laboral, como son las cesantías, sino la consecuencia económica del no pago oportuno de la misma, equivalente a la sanción

económica.

Por lo anterior, al existir manifestación de voluntad de la administración en un acto administrativo concreto, que no tiene carácter laboral, la competencia se asigna a los jueces administrativos conforme al numeral 3 del artículo 155 del C.P.C.A.

Así las cosas, se observa que el actor en el escrito visible a folio 8, fijó el monto de la cuantía en la suma de **($68.132.358)**, suma que no alcanza a los 300 SMLMV necesarios para atribuir la competencia para conocer de este proceso, lo cual fuerza su remisión los Juzgados Administrativos como lo dispone el artículo 168 del CP ACA.

En consecuencia, la competencia para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, corresponde evidentemente al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Tunja a quien le fue asignada la demanda por reparto.

Por lo brevemente expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la incompetencia de éste Tribunal para conocer del asunto de la referencia.

SEGUNDO: Devolver por Secretaría el expediente al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO

N° 11 De Hoy ----------
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

25 ENE 2018

Conflicto de Competencia
Medio de control: Repetición
Accionante: ***E.S.E. Centro de Salud Nuevo Colón***
Accionado: Clara Azucena Gómez Aponte y otros
Expediente: 15001 2333 000 ***2018 00014*** *00*

Ingresa el expediente al Despacho proveniente de la oficina de reparto y se encuentra para proveer sobre el conflicto de competencias (fl. 81) promovido por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja mediante providencia de 23 de noviembre de 2017 (fls. 75-76 Vto.).

En auto de 02 de noviembre de 2017 (fls. 68-70) el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja resolvió, abstenerse de avocar conocimiento del medio de repetición iniciado por la E.S.E. Centro de Salud de Nuevo Colón contra los señores Bernardo Andrés Pulido García, Yissel Paola López Medina, Marisol Hernández Osorio, Clara Azucena López Aponte y Joana Esperanza Hernández Cruz, al considerar que de acuerdo al artículo 7° de la Ley 678 de 2001 carecía de competencia para conocer el presente medio de control de repetición, como quiera que el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Tunja, dio origen a la condena impuesta, por la cual ahora se presenta la demanda, así las cosas ordenó la remisión del expediente a ese despacho.

Cumplida la orden del Juzgado Noveno Administrativo de Tunja, el proceso fue asignado al Juzgado Octavo Administrativo Oral de la misma ciudad, despacho que en providencia del 23 de noviembre de 2017, también se declaró incompetente para conocer del asunto y propuso conflicto de competencia ante esta Corporación.

Ahora bien, como quiera que el conflicto de competencia se presenta entre dos Juzgados Administrativos Orales es competente este Tribunal para resolverlo.

Por lo expuesto se,

RESUELVE:

1. ***Se avoca el conocimiento*** *del conflicto de competencias suscitado entre el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja y el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja.*
2. *De conformidad con el inciso tercero del artículo 158 del CPACA,* ***córrase traslado*** *común a las partes por el término de tres (3) días para que presenten sus alegatos.*
3. *Notifíquese esta providencia por estado electrónico en los términos del artículo 201 del CPACA.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
CONSTANCIA DE NOTIFICACION POR ESTADO ELECTRONICO

El auto que antecede, de fecha _____, se notificó por Estado Electrónico Nro. ____ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, hoy _____ siendo las 8:00 A.M.

Claudia Lucía Rincón Arango
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja, 24 ENE 2018

Acción : **Validez de Acuerdo**
Demandante : **Departamento de Boyacá**
Demandado : **Municipio de Tinjacá**
Expediente : **15001-23-33-000-2018-00022-00**

Acreditado el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 120 del Código de Régimen Municipal, Decreto 1333 de 1986, y por reunir los requisitos formales exigidos para su admisión, se da trámite al escrito de validez del Acuerdo N° 022 del 29 de noviembre de 2017, expedido por el Honorable Concejo Municipal de Tinjacá, *"Por medio del cual se autoriza al ejecutivo municipal a comprometer vigencias futuras ordinarias"*, presentado oportunamente por el señor Gobernador de Boyacá, de conformidad con lo establecido en el artículo 305 numeral 10 de la Constitución y 119 del Decreto 1333 de 1986, en consecuencia el despacho:

RESUELVE

PRIMERO. Fíjese en lista el presente asunto por el término de diez (10) días, término dentro del cual podrá intervenir el representante del Ministerio Público o cualquier tercero para defender o impugnar la legalidad del acto cuestionado y solicitar la práctica de pruebas.

SEGUNDO. Con el fin de garantizar los derechos de contradicción y defensa de la entidad territorial accionada, este despacho ordenara que por secretaria se oficie al Alcalde Municipal, al Presidente del Concejo Municipal y al Personero del Municipio de Tinjacá para que se pronuncien en un termino máximo de tres (3) días siguientes, al recibo de esta comunicación, sobre las observaciones al Acuerdo N° 022 del 29 de noviembre de 2017.

TERCERO. Reconocer personería a la abogada Luz Eliyer Sierra Russi, identificada con C.C. N° 51.728.001 de Bogotá y portadora de la T.P. N° 67.179 del C.S. de la J. para actuar como apoderada judicial del Departamento de Boyacá en los términos del poder conferido.

CUARTO. Cumplido lo anterior, regresen las presentes diligencias al despacho para lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, 25 ENE 2018

Accionante: ***Departamento de Boyacá***
Demandado: ***Municipio de Siachoque***
*Expediente: 15001-2333-000-**2018-00031-**00*
Acción: ***Invalidez de Acuerdo Municipal***

Se decide sobre la admisión de la demanda interpuesta por la Gobernación de Boyacá contra la validez del ***Acuerdo No. 200-02-01-014 de 30 de noviembre de 2017****, expedido por el Concejo Municipal de* ***Siachoque****.*

En el folio 19 del expediente se observa que el ***Acuerdo No. 200-02-01-024 del 30 de noviembre de 2017****, fue radicado ante la Dirección Jurídica del Departamento de Boyacá el* ***15 de diciembre de 2017****, y fue remitido a esta Corporación el* ***18 de enero de 2018****. Por lo tanto, el accionante se encuentra dentro de la oportunidad señalada por el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 para interponer esta demanda.*

Así las cosas, satisfechos los requisitos exigidos en el artículo 305, numeral 10, de la Constitución Política; artículos 117 a 121 del Decreto Ley 1333 de 1986, para el trámite de la solicitud se ordena:

1. ***Notificar personalmente*** *este auto al Ministerio Público conforme al artículo 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y el artículo 171 del C.P.A.C. A.*
2. *Una vez cumplido lo anterior,* ***fijar en lista el proceso*** *por el término de 10 días de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 1333 de 1986, para los efectos allí previstos.*
3. *Cumplido lo anterior, regrese el expediente al despacho para proveer.*
4. *Reconocer como apoderada judicial del Departamento de Boyacá a la abogada Luz Eliyer Sierra Russi, en los términos y para los fines indicados en el memorial poder que reposa a folio 1.*

Notifíquese y cúmplase

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

Mamf

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	UNIÓN TEMPORAL TRANSVERSAL DE BOYACÁ
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
REFERENCIA:	150013333001-**2013-00022**-03
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Revisado el expediente, se hace innecesaria la celebración de la audiencia de que trata el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 623 del C.G.P., por lo que se prescindirá de la misma. En consecuencia, se dispone correr traslado a las partes para que si lo consideran necesario, aleguen de conclusión.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: PRESCINDIR de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión, en los términos previstos en el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A. Vencido dicho término, se dará traslado al Ministerio Público para que emita concepto si lo considera.

TERCERO: Cumplido lo anterior, regrese el expediente al Despacho para proveer de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO

N° 11 De Hoy
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 2

Tunja, 24 ENE 2018

Medio de Control	:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**Luís Alberto Ramírez Villamizar**
Demandado	:	**Nación – Ministerio de Defensa**
Expediente	:	**15238-33-33-001-2013-00194-01**

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 22 de enero de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Se concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad del oficio No. OFI13-4998 MDNSGDAGPSAP de 2 de marzo de 2013 mediante el cual se negó el incremento de la prima de actividad y del IPC en la pensión de invalidez del demandante.

A título de restablecimiento solicita que la demandada reliquide la prima de actividad como partida computable de la pensión, del 15% al 33% en el lapso del 28 de julio de 2003 al 30 de junio de 2007, y del 22.5% al 49.5% a partir del 1° de julio de 2007.

Pretende también que se reajuste la pensión adicionando los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el aumento efectuado por el Gobierno Nacional y la variación porcentual (IPC) en los años 1997, 1999, y 2001 a 2004 a partir del 31 de diciembre de 1996.

De igual manera, solicita que se ordene el pago de lo dejado de percibir por esos concepto, su indexación, que se disponga el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 187 y ss del C. P. A. C. A., y que se condene en costas a la entidad demandada.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, manifiesta que le fue reconocida pensión a partir del 10 de septiembre de 1986, y que a través de los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004 se reconoce la prima de actividad como partida computable para pensión, en la totalidad reconocida en servicio activo, es decir 33%, que tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2007.

Indica que posteriormente, por medio de los Decretos 2863 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 0842 de 2012 y 1017 de 2013 la prima de actividad como partida computable con la pensión, se reajustó tanto para quien se encuentra en servicio activo como pensionado en un 49.5%, sin embargo la entidad demandada niega tal aumento.

Frente a la segunda de las pretensiones de reparación narra que los decretos que reconocieron los salarios para la Fuerza Pública y para el caso del demandante en los años 1997, 1999 y 2001 a 2004 fueron reajustados por debajo del IPC, lo cual fue requerido por el demandante y negado por la entidad demandada por medio del acto administrativo solicitado en nulidad.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 8 de agosto de 2013, en el que además se ordenó notificar a la entidad accionada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público (fl. 35).

1. Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda (fls. 53-58) en los siguientes términos:

Dice oponerse **parcialmente** a la prosperidad de las pretensiones como quiera que respecto al reajuste la prima de actividad indica que tal derecho ya fue reconocido al demandante y frente al incremento del IPC, señala que de acuerdo a las nuevas políticas de conciliación se abre la posibilidad a que se reconozca dicho aumento conforme lo certifique la Coordinación del Grupo Prestacional del Ministerio de Defensa, y aplicando la prescripción cuatrienal que dispone la norma.

De acuerdo con tal postura propuso dos excepciones que denominó: "carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada respecto a la solicitud del incremento de la prima de actividad", y "prescripción cuatrienal del reajuste pensional del IPC".

Con la primera de las excepciones argumenta que no hay lugar a ningún tipo de reajuste de la prima de actividad, como quiera que con la Resolución 6444 de 15 de septiembre de 1984 se le reconoció el pago de pensión de invalidez al demandante con los últimos haberes percibidos, entre los que se encuentra la prima de actividad del 15%, la cual fue reajustada mediante el Decreto 2863 de 2007 en un 50% a partir del mes de julio de ese año.

En la segunda de las excepciones planteadas, parte de señalar que con base en las nuevas políticas adoptadas por el Comité de Conciliación del Ministerio de Defensa como consecuencia del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, se acordó conciliar las pretensiones de reajustes del IPC, disponiendo que siempre debía darse aplicación a la prescripción cuatrienal, de suerte que al haber solicitado el demandante tal reajuste el 22 de febrero de 2013, la fecha a partir de la cual se reconocería el incremento con base en el IPC, sería el 23 de febrero de 2009.

2. Audiencia inicial

El 3 de junio de 2014 se realizó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C. P. A. C. A. (fls. 79-81) en la que como puntos importantes se resalta que no se decretó excepción previa alguna, se fijó el litigio, se declaró fallida la etapa de conciliación al no haberse allegado estudio por parte del Comité de la entidad demandada, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y de oficio se solicitó al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa la remisión del expediente administrativo de pensión o asignación de retiro del demandante.

3. Audiencia de pruebas

El día 19 de agosto de 2014, se realizó la audiencia de pruebas (fl. 358), en donde se incorporaron la totalidad de las pruebas decretadas, y se ordenó correr traslado para presentar alegatos a las partes por escrito, atendiendo lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 181 del C.P.A.C.A., oportunidad que aprovecharon las partes para ratificar lo expuesto en sus escritos de demanda y de contestación.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el 22 de enero de 2016 se declaró la nulidad del oficio OFI13-4998 MDNSGDAPSAP de 2 de marzo de 2013 por el cual se negó el reajuste de la pensión de invalidez, ordenando a la Nación – Ministerio de Defensa a reliquidar la pensión del demandante a partir del 1° de enero de 2008, elevando la cuantía de la partida de prima de actividad al 49.5%, ordenando igualmente que en la reliquidación se apliquen las variaciones del índice de precios al consumidor IPC, en relación con los años 1997, 1999, y 2002 a 2004, teniendo en cuenta que los reajustes aplicados automáticamente incrementan la base de liquidación pensional para los años subsiguientes a cada una de las referidas anualidades.

También se declaró probada la excepción de prescripción respecto a las sumas causadas con anterioridad al 22 de febrero de 2009, se ordenó el pago de las diferencias adeudadas, su indexación, y se abstuvo de condenar en costas.

Para llegar a las anteriores conclusiones estudió la naturaleza de la prima de actividad, señalando que la entidad accionada desconoció el principio de oscilación al no reajustar correctamente la pensión del accionante, pues si bien el reconocimiento de la prestación se realizó conforme a derecho, así como los reajustes durante algunas anualidades, con la expedición del Decreto 2867 de 2007 se estableció un incremento del 50% de la prima de actividad percibida como partida computable la cual no fue aplicada al demandante.

Lo anterior, por cuanto con la expedición del Decreto 673 de 2008 la prima de actividad fue fijada en un 49.5% con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2008, disposición que se mantuvo para las anualidades siguientes. Sin embargo, la prima de actividad que percibe el demandante como partida computable de su pensión se fijó en un 22.5%, generando así un desnivel significativo respecto de aquellos que ocupan el mismo grado en servicio activo.

Frente al reajuste de la prestación con base en el IPC, indicó que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se excluyó de la aplicación del sistema integral de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares, de manera que tales funcionarios no eran acreedores del reajuste de sus pensiones en los términos del artículo 14 de la citada ley, esto es, conforme a la variación del IPC, sino que la misma debía realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990 que disponía la oscilación de las asignaciones de los miembros en actividad.

Expuso que a pesar de lo anterior, la Ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 indicando que las excepciones frente a la aplicación del sistema de seguridad social no implicaba el desconocimiento de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, que se refieren al reajuste de las pensiones y a la mesada adicional.

Concluyó de lo anterior, que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995 el grupo de pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 tienen derecho a que se reajusten sus pensiones teniendo en cuenta el IPC, siendo evidente que cuando los reajustes por oscilación sean inferiores al IPC, las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública deben reajustarse.

V. EL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada sustentó el recurso de apelación (fls. 380-382) en los siguientes términos:

Indica que interpone el recurso únicamente frente a la prosperidad de las pretensiones relacionadas con la prima de actividad, como quiera que al demandante no le asiste derecho a reajuste alguno por tal concepto, pues los actos administrativos se han expedido con fundamento en la normatividad vigente sobre el tema.

Precisó que al accionante se le venía liquidando dentro de su pensión de invalidez un porcentaje por prima de actividad, desde el momento del reconocimiento de dicha prestación hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, el cual fue incrementado en un 50% aplicando sobre el devengado desde el retiro, tal y como se realizó a los activos, dándose aplicación al principio de oscilación, por lo que no le asiste razón al demandante al solicitar su incremento.

V. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4° del artículo 192 del C.P.A.C.A., el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto (fl. 428), el cual fue admitido en providencia de 23 de mayo de 2017 (fl. 435).

A través de proveído de 21 de junio de 2017 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo

traslado para alegar de conclusión (fl. 440), oportunidad en la que no se allegó pronunciamiento alguno.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del C. P. A. C. A., esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Planteamiento del problema jurídico por resolver

Se trata en este caso de establecer la legalidad del acto administrativo contenido en el oficio No. OFI13-4998 MDNSGDAGPSAP de 2 de marzo de 2013 proferido por el Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, solo en lo relacionado con la negativa a reconocer el reajuste de la prima de actividad conforme al Decreto 2863 de 2007.

3. De la prima de actividad

La prima de actividad fue creada por virtud de la Ley 131 de 1961[1], en favor de los oficiales y suboficiales tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional que se encontraran en servicio activo; esta prima no era partida computable a las asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales reconocidas a los miembros de la Fuerza Pública. Luego, el artículo 116 del Decreto 2337 de 1971[2] previó que la prima de actividad se liquidaría en un 15% del sueldo correspondiente al grado respectivo.

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades concedidas por la Ley 19 de 1983, expidió el Decreto Ley 089 de 1984 "Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", (bajo el cual le fue reconocida la prestación al demandante) en cuyo artículo 80 estableció la

[1] Por la cual se crea una prima a favor del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

[2] Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

prima de actividad para el personal en servicio activo equivalente al 33% del respectivo sueldo básico. Además, el artículo 151 ibídem señaló que ésta era factor de liquidación en asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.

A su vez, el artículo 152 del mismo decreto la incluyó en la liquidación de prestaciones sociales como factor computable en las asignaciones de retiro de quienes fueran separados del servicio activo a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, teniendo en cuenta el tiempo de servicio del oficial o suboficial retirado en los siguientes términos:

> ARTÍCULO 152. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDA. <Decreto derogado por el artículo 263 del Decreto 95 de 1989> A partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales la prima de actividad de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se computará de la siguiente forma:
>
> Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
>
> Para individuos con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
>
> Para individuos con, veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%)
>
> Para. individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).
>
> Para individuos con treinta (30) o más y tres por ciento años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).

Con posterioridad, el legislador expidió la Ley 923 de 2004 mediante la cual "se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política", y que en el numeral 2.1 del artículo 2° señaló como criterio el respeto a los derechos adquiridos conforme a las disposiciones anteriores a su entrada en vigencia; igualmente, el numeral 3.3 del artículo 3° de la citada Ley previó que "... Las partidas para

liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública."

En desarrollo de la ley citada, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004 "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", y reiteró que la prima de actividad[3] era partida computable para la liquidación de las asignaciones de retiro reconocidas al personal retirado; los artículos 14 y 15 establecieron los porcentajes para la liquidación de prestaciones que se reconozcan a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo.

En conclusión, es claro que la prima de actividad es un factor que se incluye como partida en la liquidación de las pensiones y asignaciones de retiro, conforme a los porcentajes y tiempo de servicio, vigentes al momento del retiro.

4. Del principio de oscilación

El principio de oscilación fue instituido como un mecanismo de nivelación o reajuste de las asignaciones del personal de la Fuerza Pública en retiro, de acuerdo con las variaciones que sufre cada retribución en actividad.

El artículo 161 del Decreto 089 de 1984 prevé:

> ARTÍCULO 161. OSCILACIÓN DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. <Decreto derogado por el artículo 263 del Decreto 95 de 1989> Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal más alto. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

---

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

(...)

13.1.2 Prima de actividad.

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones en el grado de General y Almirante, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 151 de este decreto.

Disposición que fue reitera por el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, según el cual:

"**ARTÍCULO 169.** OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.
Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.
PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto."

A su vez, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 hizo referencia al principio de oscilación aplicable a las asignaciones de retiro y de la pensión. Esta disposición indica:

"**Artículo 42**. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley."

Por otra parte, la Ley 923 de 2004 en su artículo 3° señaló:

"**ARTÍCULO 3o.** El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: (...) 3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo".

En esos términos el principio de oscilación se refiere a que las asignaciones de retiro y pensiones de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de la Fuerzas Militares se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones en actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales.

5. De la aplicación del Decreto 2863 de 2007

El Decreto 1515 de mayo 5 de 2007 "por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial" fue expedido por el Presidente de la Republica, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992[4]. Esa norma, en su artículo 1° determinó:

> "Artículo 1°. De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.
>
> Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General.
>
> OFICIALES
> (...)
> SUBOFICIALES
> (...)
> NIVEL EJECUTIVO
> (...)
> AGENTES DE LOS CUERPOS PROFESIONAL Y PROFESIONAL ESPECIAL DE LA POLICÍA NACIONAL..."

[4] Diario Oficial No. 40.451, de 18 de mayo de 1992 Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

El **Decreto 2863 de 27 de julio de 2007** "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones" fue expedido por el Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992 y la Ley 923 de 2004[5] y en lo pertinente dispuso:

> "Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:
>
> Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad **de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990[6], 68 del Decreto-ley 1212 de 1990[7] y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990[8].**
>
> Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).
>
> (...)
>
> Artículo 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, **los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional** con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional** obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste **en el mismo porcentaje** en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.
>
> Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones." Resaltado fuera de texto.

Lo antes descrito permite señalar que mediante el Decreto 1515 de 2007 se fijó un régimen salarial de sueldos básicos según una escala porcentual para los miembros de la Fuerza Pública, ello en desarrollo de las facultades que en materia salarial confiere la Ley 4ª de 1992 al Presidente de la República.

---

[5] Diario Oficial No. 45.777 de diciembre 30 de 2004 "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

[6] Por el cual se reforma el estatuto del personal de **oficiales y suboficiales de las fuerzas militares**

[7] Por el cual se reforma el estatuto del personal de **oficiales y suboficiales de la Policía Nacional**.

[8] Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional del **personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.**

Además, que en la modificación al régimen salarial, introducida por el Decreto 2863 de 2007, se precisaron los regímenes a los que era aplicable el incremento en la prima de actividad, así, para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional – Decretos 1211 y 1212 de 1990 – y el personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional – Decreto 1214 de 1990-.

Conforme lo prevé el Decreto 2863 traído en cita, el porcentaje de la prima de actividad del personal activo fue incrementado en un 50% y, en virtud del principio de oscilación, también los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que gozan de asignación de retiro o pensión, tienen derecho a que les ajuste la mencionada prima en el mismo porcentaje en que se ajustó tal prestación al personal activo correspondiente.

Este Tribunal en sentencia de 9 de marzo de 2015, con ponencia del Magistrado Doctor Fabio Iván Afanador García[9], al efectuar el respectivo análisis de lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, preciso lo siguiente:

> "El primer inciso del artículo 2° hace relación a las siguientes normas: artículo 84 Decreto 1211 (prima de actividad del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares activos), artículo 68 del Decreto 1212 de 1990 que consagra la prima de actividad para Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional Activos y artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, que reconoce la prima de actividad para los empleados del Ministerio de Defensa; por tanto, en principio y de manera directa, el contenido normativo de este inciso está dirigido al personal en servicio activo. (Subraya de la cita)
>
> El inciso segundo de la norma en comento regula el impacto de la prima de actividad en las demás prestaciones sociales, como quiera que la primera sirve de partida para computar las últimas (art. 158 D.L. 1211/90). En estos casos, se prevé un incremento de la prima de actividad, como partida computable, en un 50% según el tiempo de servicio. Ahora bien, el inciso en estudio dejó claro que tal incremento de la prima de actividad teniendo en cuenta el tiempo de servicio no se aplica para el cálculo de la asignación de retiro o pensión, pues fue expresamente excluido en dicha norma al consagrar que "… para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión…". (Resaltado del original)
>
> Así las cosas, el contenido normativo del inciso segundo en comento tendría campo de aplicación específico para las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro o pensión, como lo serían la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica (art. 181), el auxilio de cesantía, la compensación por muerte en combate

[9] Sala de Decisión No. 1. Radicación No. 15001 3333 005 2013 00139-01, Demandante: Víctor Manuel Carrillo Carrillo.

(art. 189) o en misión del servicio (art. 190) o simplemente en actividad (art. 191), entre otras.

En búsqueda del porcentaje de incremento de la prima de actividad en la asignación de retiro del personal retirado de las Fuerzas Militares, se debe analizar el contenido del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, que establece:

"Artículo 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional **con asignación de retiro o pensión de invalidez** o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional **obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto** que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007. (Resaltado original)

De la lectura de la norma en cita, se desprende que su objetivo es **nivelar el porcentaje que se incrementó la prima de actividad, tanto para el personal activo como el retirado, lo cual efectiviza el principio de oscilación**.

Conforme a lo expuesto, es importante en este punto recordar que el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 estableció el porcentaje de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales activos de las Fuerzas Militares en el 33%, y dicho porcentaje fue aumentado en el 50% por disposición expresa del inciso 1 del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, a partir del 1° de julio de 2007.

A juicio de la Sala, **debe entenderse que el incremento del porcentaje de la prima de actividad, para efectos del cálculo de la asignación de retiro, corresponde al 16.5% en todos los casos, el cual resulta al calcular la mitad del 33%** (art. 84 D.L. 1211/90), pues es claro que tratándose de este aumento no se previó condicionamiento alguno relacionado con el tiempo de servicios, como sí se hizo para las demás prestaciones sociales." (Destaca la Sala)

En ese orden, entiéndase que el incremento de la prima de actividad para efectos de computar la asignación de retiro, en todo caso corresponde al 16.5% que es la mitad del 33% establecido en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 devengado por el personal activo, como quiera que el Decreto 2863 de 2007 al establecer este aumento no condicionó su aplicación al tiempo de servicio prestado por el ex servidor, como si se estableció para el resto de prestaciones sociales.

6. Del caso concreto

De las pruebas obrantes en el expediente se tiene que:

-El demandante prestó sus servicios en el Ejército y fue retirado del servicio cuando ostentaba el cargo de subteniente, mediante Decreto 358 de 1984, y le fue reconocida pensión de invalidez mediante Resolución 6444 de 15 de septiembre de 1987 a partir del 10 de septiembre de 1986 (fl. 216).

-Dentro de la resolución de reconocimiento de la pensión de invalidez (fl. 226) se acredita que como partida de **PRIMA DE ACTIVIDAD se incluyó un 15%.**

- El actor mediante escrito radicado el 22 de febrero de 2013 solicitó al Ministerio de Defensa reconocer la variación del cómputo por concepto de la partida computable **PRIMA DE ACTIVIDAD,** en un porcentaje de cuarenta y nueve punto por ciento (49.5%)" (fls.13-14)

En el oficio No. OFI13-4998 MDNSGDAGPSAP de 2 de marzo de 2013 la entidad demandada afirmó que el porcentaje de liquidación de la prima de actividad le fue reconocida en un 15% y que en cumplimiento de lo dispuesto por el Gobierno Nacional por medio del Decreto 2863 de 27 de julio de 2007, se incrementó en un 50% el porcentaje que venía percibiendo, fijándose en un 22.50% por lo que no hay lugar al reajuste solicitado.

A criterio de la Sala la entidad demandada aplicó erróneamente lo establecido en el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, pues cuando dicha disposición hace referencia al incremento de la prima de actividad para la asignación de retiro en un porcentaje del 50% no es frente al que ya viene siendo reconocido sino sobre el porcentaje que sobre este factor devenga el personal activo, es decir del 33% de cuya operación aritmética resulta un 16.5%, más cuando dicho precepto no condicionó su aplicación al tiempo de servicio prestado.

En cuanto a darse un incremento del 49.5% por ser el monto que corresponde a quienes están en servicio activo, tal situación fue aclarada en sentencia proferida

por la Sala de Decisión No. 3 de esta Corporación de 1 de febrero de 2016[10], Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz:

> "... en este caso no es posible adicionar el 16.5% a ese 37.5% como quiera que este último porcentaje, resultó del aumento que aplicó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares del Decreto 2863 de 2007, como se explica en el acto censurado; así las cosas, el aumento del 50% ordenado por la norma debe ser adicionado al porcentaje que se le venía reconociendo al actor antes del 2007, esto es el 25%.
>
> Pero la conclusión a la que se llega no implica condiciones diferentes entre el personal activo y retirado de la Fuerza Pública a quienes se les aumentó la prima de actividad al 49.5%, como quiera que la nivelación consagrada por la norma se refiere al 16.5%, porcentaje que debe adicionarse al reconocido en la pensión o asignación para cada caso; en manera alguna se estableció el aumento del 50% sobre el 49.5% en que se fijó la prima de actividad.
>
> Obsérvese que si la prima era del 33% y pasó al 49.5% **el incremento para el personal en servicio activo fue del 16.5%, es decir igual al que se concluye debe aplicarse al demandante.** Acceder a reconocer el 49.5% implicaría que en el caso del demandante el aumento sería del 29.5%[11] lo cual sí generaría un desequilibrio frente al personal en actividad y desacataría lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, sin fundamento legal alguno..." Resaltado fuera de texto

Teniendo en cuenta lo anterior se concluye que el porcentaje que debió habérsele reconocido al demandante con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007 es del **33%** porcentaje que debió establecerse por prima de actividad una vez le fue reconocida asignación de retiro, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 80 del Decreto 089 de 1984, en concordancia con lo reglado por el artículo 161 ibídem y con las consideraciones sobre el principio de oscilación expuestas, más el **16.5%** equivalente al 50% del porcentaje correspondiente a la prima de actividad reconocida al personal activo del ejército nacional que ostenta el mismo grado del oficial retirado, es decir el 33% conforme lo establecido en el artículo 80 ya citado, lo que en suma daría un total de **49.5%.**

[10] Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: **José Arquímedes Mosquera Sarria.** Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- . Expediente: 15001 3333 008 **2014 00082** 01

[11] El reconocido en su prestación es del **25% por prima de actividad.**

Ahora bien como quiera que al demandante se le viene reconociendo la prima de actividad a partir del 1 de julio de 2007 en un porcentaje del 22.5% y no como corresponde en un 49.5% implica declarar la nulidad del acto acusado, de ahí que la sentencia de primera instancia será confirmada.

VII. COSTAS PROCESALES

En el asunto sub examine no hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho por el hecho de no haber prosperado los argumentos de la apelación, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado[12] en sentencia de 16 de abril de 2015, éstas deben estar acreditadas, y una vez revisado el cuaderno en segunda instancia da cuenta la Sala que no aparece probada su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, "Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.", condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama el 22 de enero de 2016, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

---

[12]**CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01. Actor: C.I. CITITEX DE COLOMBIA S.A. HOY CITITEX UAP S.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**

TERCERO. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Ausente Con Permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrado

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 11 de hoy. 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 2 6 ENE 2010

Demandante	Carmen Sosa De Araque
Demandado	E.S.E Centro De Salud Manuel Alberto Fonseca Sandoval
Expediente	15001333300120130021401
Medio de control	Controversias Contractuales
Tema	Auto corre traslado para alegar de conclusión.

Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación sin que las partes hayan solicitado pruebas, el Despacho prescindirá de la audiencia de alegatos y juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A.,

En consecuencia se ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegaciones finales.

Por lo anterior, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión.

SEGUNDO: Vencido el término concedido a las partes, se le da traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que emita su concepto.

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno de conformidad con lo señalado en el 4° del artículo 247 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 *Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,*
Hoy, 26 ENE 2010 *siendo las 8:00 A.M.*

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 21 ENE 2018

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante: **Gloria Mercedes Bolívar Erazo**
Demandado: **Nación-Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**
Expediente : **15001-33-33-001-2014-00225-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 20 de junio de 2016, por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Se concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 0583 de 13 de agosto de 2013 por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación, expedida por la Secretaría de Educación de Tunja en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en ejercicio de las facultades establecidas en las leyes 962 de 2005 y 91 de 1989

A título de restablecimiento solicita que la demandada reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, que se pague la diferencia de las mesadas pagadas desde que adquirió el estatus pensional, que se indexen tales sumas, y que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, manifiesta que ingresó al servicio público de la educación el 26 de mayo de 1980 y que cumplió 55 años de edad el 26 de junio de 2008 por lo que le fue reconocida pensión de jubilación a partir de esa fecha mediante el acto administrativo referido, en el que se tuvo en cuenta para su liquidación únicamente la asignación básica y la prima de vacaciones, dejando por fuera la prima de navidad.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida por auto de 29 de enero de 2015, en el que se dispuso vincular a la UGPP y al municipio de Tunja, ordenando además notificar a las entidades accionadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público (fls.49-50).

1. Contestación de la demanda

1.1 Municipio de Tunja

Considerando que las pretensiones de la demanda no se dirigían en su contra, manifestó abstenerse de emitir pronunciamiento sobre las mismas, en el entendido de no tener injerencia respecto a lo anhelado por la accionante, indicando sin embargo, que en caso de considerarse lo contrario, se oponía a la prosperidad de las pretensiones por no estar legitimado para soportarlas, teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado, si bien es expedido por la Secretaría de Educación municipal, debe ser aprobado de manera previa por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2 Nación – Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por considerar que el acto administrativo demandado se ajusta a derecho, indicando que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 las prestaciones económicas y sociales a reconocer a un docente dependen de su

fecha de vinculación al servicio público, de suerte que a la demandante le es aplicable el régimen establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Lo anterior conlleva que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión sean los establecidos por la Ley 62 de 1985 devengados en el último año de servicio, no siendo en consecuencia posible, liquidar su pensión sobre todos los factores salariales devengados, sin que los mismos estén consagrados en el artículo 1° de la citada norma.

Agrega que solo puede liquidar la pensión sobre los factores salariales que hayan servido de base para calcular los aportes, pues el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003 señala que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 62 de 1985, a cuyo pago se encuentre obligado el FNPSM, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

Concluye solicitando dar aplicación a las sentencias C – 258 de 2013 y SU 230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional, y en las cuales se dispuso que el monto de la mesada pensional debe corresponder a los factores exclusivamente cotizados, y que la manera de liquidar la pensión debe ser la establecida por la Ley 100 de 1993, pues tal aspecto no hace parte del régimen de transición.

Como excepciones propuso prescripción, y la que denominó "genérica" solicitando que en caso de encontrar probado hecho o circunstancia que constituya alguna excepción se proceda a su declaración de oficio.

1.3 Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP

Indica que los hechos de la demanda son ajenos a la entidad, la cual tampoco tuvo participación alguna en la expedición de los actos administrativos solicitados en nulidad, por lo que se opone a la prosperidad de las pretensiones en su contra.

Propone las excepciones de "falta de legitimación en la causa por pasiva", "incumplimiento del requisito de procedibilidad frente a la UGPP – falta de pronunciamiento previo en vía administrativa", "inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido" y prescripción de mesadas.

2. Audiencia inicial

El 11 de febrero de 2016 se realizó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C. P. A. C. A. (fls. 213-216) en la que como puntos importantes se resalta que no se decretó excepción previa alguna, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y de oficio se solicitó a la Secretaría de Educación de Tunja que informara si las entidades que concurren en las cuotas partes pensionales referidas en la Resolución 583 de 2013, lo hacen frente a la totalidad de factores devengados por la parte actora.

3. Audiencia de pruebas

El día 22 de abril de 2016, se realizó la audiencia de pruebas (fls. 235-236), en donde se incorporaron la totalidad de las pruebas decretadas, y se ordenó correr traslado para presentar alegatos a las partes por escrito, atendiendo lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 181 del C.P.A.C.A., oportunidad que aprovechó el municipio de Tunja y la UGPP para ratificar lo expuesto en sus escritos de contestación.

IV. FALLO RECURRIDO

Mediante fallo proferido el 20 de junio de 2016 se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el municipio de Tunja y por la UGPP, la nulidad parcial de la Resolución 0583 de 13 de agosto de 2013 por medio de la cual se reconoció pensión de jubilación a la demandante, ordenando al Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante teniendo en cuenta los factores de asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad devengados durante el último año de servicios,

esto es, entre el 26 de junio de 2007 al 25 de junio de 2008, pero con efectos fiscales a partir del 9 de marzo de 2009.

Dispuso también, negar la excepción de prescripción de mesadas, reconocer la indexación de las sumas adeudadas, descontar de lo reconocido lo correspondiente a aportes de pensión de los factores salariales sobre los cuales no se ha efectuado la deducción legal y que se incluyeron dentro de la liquidación de la pensión, pero solo por los últimos cinco años de relación laboral en atención a la prescripción extintiva que opera sobre tales recursos, el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C. P. A. C. A., y se abstuvo de condenar en costas.

Para llegar a las anteriores conclusiones expuso que si bien ante la UGPP la demandante realizó cotizaciones en diferentes periodos, la entidad que reconoció la pensión de jubilación fue el FNPSM y por tanto a quien correspondería elaborar el acto administrativo mediante el cual se reliquide la pensión reajustando allí la cuota parte que le pueda corresponder a la UGPP de conformidad con lo señalado por el artículo 2° de la Ley 33 de 1985, por lo cual declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la UGPP.

Respecto a esta misma excepción –falta de legitimación en la causa por pasiva- planteada por el municipio de Tunja, consideró declararla probada, ya que si bien en virtud de lo señalado en la Ley 962 de 2005 los entes territoriales intervienen en la elaboración de los actos administrativos, en atención a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales se encuentra en cabeza del FNPSM.

Frente al régimen pensional aplicable a la demandante, señaló que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al FNPSM se encontraban excluidos del sistema general de pensiones, y que por su parte la Ley 812 de 2003 (art. 81) estableció que su contenido aplicaría a los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, de manera que al

encontrarse probado en el proceso que la demandante se vinculó al servicio docente desde el 13 de febrero de 1995 consolidando su estatus pensional el 26 de junio de 2008, momento en el cual se encontraba afiliada al FNPSM las normas que regulan su situación pensional son las Leyes 33 y 62 de 1985.

Así, en cuanto a los factores a tener en cuenta, acata el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, en la que se indicó que la Ley 33 de 1985 no señala en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, posición que señala, ha sido reiterada por la Alta Corporación y asumida por éste Tribunal.

Respecto a las sentencias de la Corte Constitucional C-238 de 2013 y SU 230 de 2015 argumentó que sus consideraciones no eran aplicables al caso concreto por referirse la primera a un régimen diferente al aquí discutido y no constituir la segunda un precedente vinculante sobre el tema objeto del proceso.

Respecto a la prescripción, determinó que al notificarse el acto administrativo que reconoce la pensión el 16 de agosto de 2013 y presentarse la demanda el 8 de octubre de 2014 no había lugar a entender probado tal fenómeno en los términos del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FNPSM sustentó el recurso de apelación (fls. 257-263), indicando que conforme el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003 la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente, al tiempo que el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 estableció que el empleado oficial que sirva 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad

de 55 años tendrá derecho a que la respectiva caja de previsión le pague una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Conforme lo anterior, adujo que no le asiste derecho a la demandante en relación con la normatividad que invoca, siendo claro que en relación con los factores salariales deben tenerse como tales, aquellos sobre los cuales se haya efectuado aportes a seguridad social.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4° del artículo 192 del C.P.A.C.A., el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto (fl. 297-298), el cual fue admitido en providencia de 13 de diciembre de 2016 (fl. 305).

A través de proveído de 23 de mayo de 2017 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo traslado para alegar de conclusión (fl.309), oportunidad utilizada por la UGPP (fl. 312) para solicitar se confirme la sentencia de primera instancia por carecer de legitimación en la causa por pasiva; y por el FNPSM (fls. 314-316) para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

El problema jurídico que debe resolverse consiste en determinar si para la liquidación de la pensión de la docente deben considerarse únicamente los factores salariales sobre los cuales se hicieron aportes para pensión o si debe liquidarse con inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios.

2. –Régimen prestacional de los docentes

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:

> "**Régimen prestacional de los docentes oficiales.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, **es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley.**
>
> Los docentes que **se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley**, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (...)". (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Acto Legislativo No. 01 de 2005 señaló:

> "**Parágrafo transitorio 1°.** 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". (Negrillas de fuera del texto).

De las disposiciones en cita se deduce que los docentes al servicio del Estado se pensionan con el régimen que les corresponda según la fecha en que se hayan vinculado, antes o a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. Es decir, que el régimen pensional se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial. Al respecto el Consejo de Estado, ha señalado:

> "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."[1] (Negrillas fuera del texto).

[1] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta de 10 de septiembre de 2009. Radicación No. 1857. Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

Bajo este contexto queda establecido que la Ley 812 de 2003 es aplicable siempre y cuando los docentes se vinculen con posterioridad a la fecha de su vigencia (27 de junio de 2003) en tanto que quienes ingresaron con anterioridad a esa fecha le son aplicables las normas que con antelación rigen la materia.

Como la demandante ingresó al servicio educativo estatal **el 13 de febrero de 1995**, según consta en el certificado de tiempo de servicio expedido por la Secretaría de Educación de Tunja (fl. 42), es evidente que el régimen pensional del actor es anterior al establecido por la Ley 812 de 2003.

3. –Régimen de jubilación aplicable al demandante

En primer lugar, es del caso reiterar que en materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutan de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios con respecto al tratamiento relativo a las normas que regulan su actividad. En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar inmersos en un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Así entonces, y de acuerdo al asunto planteado, es importante determinar las diferentes normas que rigen la pensión de jubilación, en términos generales para funcionarios públicos, en razón de que en materia de jubilación los docentes no gozan de régimen especial.

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

> "Así las cosas, el Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, **ya que, estas prestaciones siguen sometidas**

al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente" [2]. (Negrilla fuera del texto).

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, la demandante nació el 24 de septiembre de 1951 (fl. 22) y se vinculó por última vez al servicio de docencia el 13 de febrero de 1995 (fl. 42), razón por la que le sería aplicable el régimen previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, que señalan los factores salariales para liquidar las pensiones de jubilación.

En relación con este tópico, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, estableció la sub-regla que debe observarse para resolver asuntos como el que actualmente se examina, con el propósito de garantizar principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral, actuando en consonancia con lo previsto en la decisión precitada.

El Alto Tribunal adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio. Además, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Así las cosas, no obstante ser aplicables a la accionante, para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación, las normas establecidas en la precitada Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto que debe atenderse el criterio de unificación en mención, en el que se consideró que la

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección "B", sentencia de 23 de septiembre de 2010. Radicación No. 1857. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

pensión debe liquidarse con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Luego, para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación periódica ha de atenderse ese criterio, en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

Según la jurisprudencia de la cual se viene hablando, acorde con lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley 1045 de 1978, los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de determinar el monto pensional eran superiores a los enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, disposiciones que por demás no contienen una lista taxativa de los factores salariales que han de servir de base para establecer el salario plante de liquidación, sino meramente enunciativa, lo que permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador en el último año de servicio, criterio que hace reconocimiento también del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que impone tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral por parte del trabajador.

4. -De las sentencias C-258 de 2013 y SU -230 de 2015

Para el caso debatido se dirá que la sentencia de constitucionalidad aplica únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, es decir, en concreto y para el caso allí debatido y no en abstracto y en relación a todos (erga omnes) respecto del IBL de las pensiones conforme se expuso en la sentencia de unificación.

Estos aspectos son suficientes para justificar la inaplicación de la sentencia de unificación por parte de éste Tribunal, aún más cuando esta Corporación debe acatar la línea jurisprudencial de su superior funcional -Consejo de Estado- (precedente vertical), que para el presente caso no es otro que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, tal y como lo ordenan los artículos 10 y 270 del C.P.A.C.A.

Sobre el acatamiento del precedente vertical el Consejo de Estado[3] señaló:

> "En cuanto al precedente vertical, la Corte Constitucional ha dicho que el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía —y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones— no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de ineludible cumplimiento. Es decir, para garantizar un mínimo de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, los funcionarios judiciales se encuentran vinculados a la regla jurisprudencial que haya fijado el órgano de cierre de cada jurisdicción.
>
> Dicho de otro modo: las situaciones fácticas iguales deben decidirse conforme con la misma solución jurídica que ha previsto el órgano de cierre de cada jurisdicción, a menos que el juez competente exprese razones serias y suficientes para apartarse del precedente. Cuando un juez no aplica la misma razón de derecho ni llega a la misma conclusión jurídica al analizar los mismos supuestos de hecho, incurre en una vía de hecho y, de contera, viola el derecho a la igualdad. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Así mismo hay que considerar que los docentes pertenecen a un régimen de excepción y por lo tanto no pueden serle aplicadas las normas de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, éste Tribunal seguirá acatando el pronunciamiento proferido por nuestro superior funcional -Consejo de Estado- en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado que se trata del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa.

5. -Lo que está probado en el proceso

El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere el presente medio de control, en tal virtud, se destaca lo siguiente:

a) Documentos de identificación de la demandante (fls. 21-22).
b) Resolución No. 583 de 13 de agosto de 2013 por medio de la cual se resuelve la solicitud de la demandante ordenando el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación (fls. 10-15).
c) Certificado de historia laboral de la demandante (fls. 28-36).

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta, Subsección "A" C.P: Hugo Fernando Bastidas Barcenas, Fecha 11 de febrero 2015, Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01251-00(AC)

d) Certificado de salarios y devengados de la accionante, expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá (fls. 19-21 y 75-76).

6. –Solución al caso concreto

Establecido como quedó en líneas atrás que los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la accionante son las Leyes 33 y 62 de 1985, para efectos de la reliquidación de su pensión de jubilación, está claro que tiene derecho a que se le incluyan en la liquidación de su mesada pensional la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicio.

De conformidad con la certificación de salarios expedida por el FNPSM (fl. 79), se contrae a los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad, de los cuales la entidad demandada, al momento de reconocer y liquidar la pensión de la accionante, excluyó la prima de navidad.

Por consiguiente, deberá reliquidarse la pensión de jubilación de la demandante en cuantía del 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio y para tal efecto deben incluirse como factores salariales los siguientes: asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Circuito de Tunja que accedió a las pretensiones de la demanda.

7. –De la Sentencia SU-427 de 2016

De forma reciente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de 2016 en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:

> "...6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[4] de quien se aprovecha de la interpretación de las

[4] *En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para*

normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y **que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación**[5].

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen **ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario**[6], lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, **obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral**, y por el contrario, **representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva** (...)."

6.14. **En dichos eventos**, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, **los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral**, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen **vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos** (...)."[7]

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, **evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión**..." (Resaltado fuera de texto)

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[8], enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un **abuso del derecho** que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de

---

fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

[5] *Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*

[6] ***Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.***

[7] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

[8] Ver entre otras, SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "*...Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.*"

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, según se extrae del certificado de información laboral aportado (fls. 184) no se presentó mayor variación en el cargo del demandante en los últimos 10 años de servicios, período que se justifica atender en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional, podría llegar a denotar abuso del derecho.

Así, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia, fueron los que durante los últimos 10 años de su historia laboral, se devengaron sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos.

En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

8. -Costas y agencias en derecho

En el asunto *sub examine* no hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia a la parte demandada por el hecho de no haber prosperado el argumento de la apelación, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado[9]en sentencia de 16 de abril de 2015, éstas deben estar acreditadas, y una vez revisado el cuaderno en segunda instancia da cuenta la Sala que no aparece probada su causación.

[9] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá. D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.Actor: C.I. CITITEX DE COLOMBIA S.A. HOY CITITEX UAP S.A. Demandado: DIAN.

Al respecto, no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P., "*solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*", condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, el 20 de junio de 2016, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. SIN CONDENA en costas en esta instancia.

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

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

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Ausente Con Permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrado

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 24 ENE 2019

Accionante	Robertina Rincón de Aconcha y otros
Accionado	Municipio de Soatá – Instituto Nacional de Vías
Expediente	15238-3333-001-2015-00006-01
Medio de control	Acción Popular
Tema	Confirma parcialmente sentencia de primera instancia que accedió a pretensiones – vulneración a derechos al goce del espacio público y el medio ambiente

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado del Instituto Nacional de Vías (fls. 403 a 408), en contra de la sentencia del 20 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 382 a 393), en los siguientes términos:

> *"**PRIMERO:** Declarar que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS – vulneró el derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.*
>
> ***SEGUNDO:** Ordenar al Representante Legal del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –INVIAS, que en un plazo no mayor a dos meses adelante las acciones pertinentes con el fin de realizar las obras necesarias para el mantenimiento y señalización de la vía nacional "Troncal Central del Norte" que atraviesa el municipio de Soatá en el tramo correspondiente a la carrera 5 entre calles 7 a 10, a través de la instalación de señales de tránsito horizontales y verticales que permitan mitigar la velocidad, el ruido y que adviertan el paso peatonal a los automotores que transitan por el sector.*
>
> *Asimismo para que por intermedio de su Territorial Boyacá, a través de su subdirección de estudios e innovación se adelanten todos los estudios de pre factibilidad que permitan la identificación, caracterización, análisis y evaluación de alternativas para la selección de la más conveniente, considerando criterios ambientales, técnicos y socioeconómicos, con el propósito de mejorar la transitabilidad por el paso nacional por Soatá.*
>
> ***TERCERO:** Conminar al Alcalde del Municipio de Soatá, para que de conformidad con el artículo 2 de la Ley 1383 de 2010 que reforma el artículo 3° de la ley 769 de 2002, adelante dentro del ámbito de sus competencias todas las acciones necesarias con el fin de verificar el cumplimiento de las señales de tránsito que serán instaladas en la carrera 5 entre calles 7 a 10 por parte del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS.*
>
> ***CUARTO:** Conminar a la Secretaría de Transito de Soatá o a la oficina que haga sus veces y a la Policía Nacional a través de la Policía de Tránsito del municipio de Soatá, para que dentro del ámbito de sus competencias, adelanten todas las acciones necesarias con el fin de verificar el cumplimiento de las señales de tránsito que se instalarán en la carrera 5 entre calles 7 a 10 por parte del INVIAS.*

QUINTO: *Ordénase al Municipio de Soatá y al Instituto Nacional de Vías – INVIAS- que, en el término máximo de dos (2) meses, contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda mancomunadamente a hacer las mediciones y estudios necesarios para establecer si se presenta contaminación por este concepto. De ser así, actuando dentro del marco de sus competencias, deberá proceder a tomar las medidas necesarias para corregir tal situación.*

(...)"

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 a 13).

Se trata de las demandas incoadas como acción de tutela por los señores **CIRO ANTONIO ROMERO SANDOVAL** (fls. 5 a 8), **JORGE WILSON BLANCO RIVERA** (fls. 10 a 13), **ARGEMIRA BLANCO DE MEJÍA** (fls. 15 a 18), **MARCO FIDEL ROJAS RINCÓN** (fls. 20 a 22) y **ROBERTINA RINCÓN DE ACONCHA** (fls. 24 a 26), en contra del **MUNICIPIO DE SOATÁ** y el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, para la protección de sus derechos a la salud y la vida, solicitando se ordene a los accionados llevar a cabo la construcción de un anillo vial periférico que impida el tránsito de vehículos pesados por el casco urbano del Municipio de Soatá, demandas que con posterioridad fueron adecuadas como ACCIÓN POPULAR.

De igual forma, solicitaron que mientras se ejecuta la construcción de la variante para vehículos pesados, se ordene al municipio organizar el tráfico con la construcción de un anillo y un mapa vial, de tal forma que la carrera 5 se utilice en un solo sentido, con reductores de velocidad y se controle el uso de pitos y cornetas, especialmente en altas horas de la noche.

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundamentaron las demandas de tutela, son en síntesis, los siguientes:

Manifestaron los accionantes que sus viviendas se encuentran localizadas en la carrera 5 entre calles 7 y 10 del Municipio de Soatá, zona donde actualmente existe un alto ruido, contaminación del aire y peligrosidad por el permanente tráfico de vehículos pesados en doble vía.

Señalaron que la carrera 5 es muy angosta y empinada y se viene utilizando como parte de la carretera central del norte, por donde transitan gran cantidad de buses, camiones, volquetas y tracto camiones en doble sentido tanto de subida como de bajada, lo cual afecta gravemente sus derechos fundamentales a la vida y la salud por el alto ruido de motores, pitos y cornetas, la exhalación de humos y grave amenaza de accidentes por el flujo de vehículos.

Indicaron que las entidades accionadas han omitido la construcción de un anillo vial que permita desviar el tráfico pesado por fuera del perímetro urbano

y como consecuencia de esto, las personas que habitan las viviendas tradicionales a lo largo de la carrera 5, especialmente las que se encuentran en la empinada, han quedado expuestas a un entorno que les impide dormir, tener tranquilidad, silencio y un ambiente propicio para la salud.

Manifiestan que dicho problema ha tenido bastante incremento debido a la creciente explotación carbonífera de los municipios del norte del departamento, lo cual ha generado el paso de vehículos de tracto pesado en horas del día y de la noche, y deteriora cada vez más la calidad de vida pues el sonido de los mismos genera estrés, depresión e insomnio en los habitantes, pero además de ello se genera un riesgo para la vida de los habitantes pues la carrera 5 no tiene una infraestructura de andenes.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Como se anotó en precedencia, los accionantes ejercieron su derecho de acción en contra del Municipio de Soatá y el Instituto Nacional de Vías a través de la acción de tutela que se tramitó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Soatá, el cual mediante oficio del 22 de enero de 2015 las remitió a esta jurisdicción a fin de que se asumiera el conocimiento de las mismas por considerar que se trataba de hechos constitutivos de una acción popular y no de acciones de tutela (fl. 159).

La demanda fue admitida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama mediante auto del 5 de junio de 2015 (fls. 198 y 199), el cual fue notificado en debida forma a las entidades accionadas.

Dentro de la oportunidad para dar contestación a la demanda, ninguna de las accionadas se pronunció al respecto, y a pesar de que el Instituto Nacional de Vías presentó escrito de contestación con fecha 10 de julio de 2015, para cuando el mismo se radicó, ya se había vencido el término del traslado de 10 días de que trata el artículo 22 de la Ley 472 de 1998, dado que la notificación electrónica se surtió el 18 de junio de 2015 (fl. 201), por lo que el término para contestar la demanda, vencía el 3 de julio de 2015.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, puso término a la instancia mediante sentencia del 20 de junio de 2017, a través de la cual accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 382 a 393).

Luego de relacionar los antecedentes del caso, así como las actuaciones procesales surtidas y pruebas recolectadas, e indicar las características generales de las acciones populares, pasó a estudiar el caso concreto refiriéndose a la defensa de bienes de uso público.

Al efecto, citó el contenido de los artículos 63 y 82 de la Constitución Política e indicó que obra dentro del plenario el oficio DT-BOY 33518 del 15 de julio

de 2016, por medio del cual el INVÍAS- Dirección Territorial de Boyacá informa que no se cuenta con algún proyecto vial para construir una variante de la carretera central del norte para evitar el paso de vehículos por el perímetro urbano del Municipio de Soatá y que se ha solicitado a la subdirección de estudios e innovación, la posibilidad de adelantar todos los estudios de pre factibilidad que permitan la identificación, caracterización, análisis y evaluación de alternativas para la selección de la más conveniente, considerando criterios ambientales, técnicos y socioeconómicos, con el propósito de mejorar la transitabilidad por el paso nacional por Soatá.

Dedujo que en razón a ello no es procedente disponer la construcción de una vía o anillo alterno a la carretera central del norte pues no existen los estudios de prefactibilidad, ni menos aún, algún proyecto vial destinado a crear una variante que evite el paso de vehículos por el perímetro urbano del municipio, sin que ello implique que las entidades demandadas abandonen las acciones tendientes a precisar si es posible la construcción de la referida variante.

Indicó que a través de esta acción no proceden indemnizaciones particulares pues no es de carácter indemnizatorio, pero sí se pueden dictar medidas restitutorias para tratar de volver las cosas al estado anterior y reivindicar los derechos colectivos amenazados o vulnerados, estableciendo previamente a quién le asiste la responsabilidad en el mantenimiento y señalización de una vía nacional que atraviesa el perímetro urbano de un municipio.

Destacó un pronunciamiento del Consejo de Estado en el que se señala cuál es la competencia de los municipios en relación con la adecuación de las vías nacionales e indicó que cuando una vía de estas se ubica dentro del perímetro urbano de un municipio, es probable que este tenga que realizar obras para acomodarla o adecuarla a las exigencias propias del área o perímetro.

Señaló que la obligación de adecuar o acomodar a la vida municipal, tiene que ver con la posibilidad de realizar las obras necesarias para el debido funcionamiento del municipio y que impliquen una correcta prestación de los servicios públicos, también para garantizar la movilidad vehicular y peatonal en la zona, y así facilitar la urbanización y edificación, por lo que, en aquellos casos en que en desarrollo de las actividades necesarias para la adecuación de la vía nacional, el municipio cause un daño, deberá responder.

Definió que a los entes territoriales no les asiste la obligación del mantenimiento y señalización de las vías del orden nacional, pero sí la de adecuar la estructura de las vías nacionales dentro del respectivo perímetro urbano de conformidad con las necesidades de la vida municipal que impliquen una correcta prestación de los servicios públicos y el deber de garantizar la movilidad vehicular y peatonal en la zona.

Advirtió que en los oficios del 16 y 18 de septiembre, 22 de agosto, 10 de noviembre y 18 de diciembre, el INVÍAS señaló que en cumplimiento de los compromisos asumidos en la audiencia del 16 de julio de 2014, procedió a la

instalación de las líneas de borde de ambos sentidos de la vía por la carrera 5 entre calles 5 y 8 las cuales quedaron demarcadas, así como también se demarcaron las líneas de borde de la carrera 5 con calles 8 y 12, se instalaron dos resaltos virtuales ubicados en la carrera 5 con calle 5ª y 8ª, y queda pendiente la señalización de prohibido parquear porque no se han entregado las respectivas plantillas por parte del ITBOY, por lo cual, su instalación corresponde de manera exclusiva a las autoridades de tránsito municipales por ser de su resorte tal como lo establece el Código Nacional de Tránsito.

Mencionó el oficio del 11 de julio de 2016 suscrito por la alcaldesa de Soatá en el que esta indicó que no puede adoptar medidas de control de tráfico vehicular por considerar que dicha vía es de competencia del INVÍAS y que el municipio ha adelantado varias gestiones en los últimos años ante diversas entidades del orden departamental y nacional, habiéndose efectuado la última en el año 2012, logrando que para el 2015 se interviniera el paso nacional ante el mal estado de algunos de sus tramos, encontrando como efectos la contaminación atmosférica y auditiva, congestión vehicular en algunos horarios, deterioro de la estructura del pavimento.

Señaló además que conforme con dicho oficio, el último estudio oficial del tránsito promedio diario semanal elaborado por el INVÍAS, data del año 2011, por lo que las medidas adoptadas no han sido suficientes para atenuar el ruido y la contaminación que se presenta en el sector por el constante paso vehicular.

Luego, destacó los oficios del 15 de julio de 2016 emitidos por el INVÍAS en los cuales se refleja el comportamiento vehicular como parámetro importante para definir la necesidad de elaborar los estudios pertinentes para mejorar las condiciones de infraestructura vial, de lo cual se infiere que las sumas totales evidencian un alto flujo vehicular, tal como se aprecia en el año 2015 en el cual, por los tramos 120 y 121 transitaron un total de 799 y 674 vehículos diarios, de los cuales, aproximadamente el 50% corresponden a camiones y buses, automotores que tienen un mayor impacto en el sector.

Indicó que tales circunstancias además se corroboran con las declaraciones rendidas por los señores Amalia Ramírez, María Elena Suárez, Lucila Rincón, Elsa Cecilia Romero y Jairo Alfonso Pacheco, de las cuales se deduce sumariamente la amenaza a los derechos colectivos de las personas que habitan el sector ubicado en la carrera 5 entre calles 7 y 10, por el constante y descontrolado tráfico vehicular.

Dedujo que se hace necesaria la adopción de medidas resarcitorias y para tal efecto deben tomarse en consideración las sugeridas en el oficio Nº 0389 del 5 de julio de 2016, suscrito por el ingeniero de transportes y vías Julián Rodríguez Quintero, por lo que seguidamente señaló las órdenes a impartir dirigiendo algunas al INVÍAS y otras al Municipio de Soatá.

Adicionalmente, se refirió al derecho al goce de un ambiente sano y para ello citó el contenido del título II, capítulo 3 de la Constitución Política, así como la Ley 99 de 1993, e indicó que no encuentra acreditada la vulneración o amenaza del derecho colectivo al goce de un ambiente sano derivado del tráfico vehicular que se presenta por el sector de la carrera 5 entre calles 7 y 10 del municipio.

Aseveró que en relación con la posible contaminación que se presenta por el constante tráfico de vehículos, no cuenta con prueba suficiente de violación de derechos por tal concepto, y que tampoco se configuran los supuestos para que dé aplicación al principio de precaución pues no existe una controversia del orden científico que demande recurrir a él, ni existe un principio de certeza científica; es decir, no existe un estudio técnico que permita determinar el grado de ruido y contaminación ambiental del sector.

No obstante, ordenó a las entidades accionadas que procedan a hacer las mediciones y estudios necesarios para establecer si se presenta contaminación por este concepto y de ser así, dentro del marco de sus competencias procedan a tomar las medidas necesarias para corregir tal situación.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad para ello, el apoderado del Instituto Nacional de Vías interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque la misma y se nieguen las pretensiones de la demanda (fls. 403 a 408), con sustento en lo siguiente:

Indicó que el *a quo* no tuvo en cuenta que el paso por la vía nacional que cruza por el Municipio de Soatá fue hecho con muchos años de antigüedad sin que para el momento se hubieren afectado derechos colectivos de los habitantes del ente territorial, sino que fue en virtud de la construcción de la vía en mención, que los ciudadanos realizaron las construcciones alrededor de la vía, siendo en consecuencia la citada troncal un polo en desarrollo, toda vez que a la fecha es allí donde están la mayoría de establecimientos de comercio que mueven la economía del municipio.

Adujo que en la sentencia se hizo una inadecuada valoración probatoria en el entendido de que no existe prueba y en consecuencia, no se demostró la vulneración a derechos colectivos por parte del INVÍAS, equivocándose la *a quo* en darle validez a las declaraciones extra proceso que fueran rendidas, por cuanto las mismas no fueron sometidas al derecho de defensa y contradicción por la parte contra quien se aducen, como lo es el INVÍAS.

Manifestó que el *a quo* tampoco le dio valor a las pruebas obrantes en el proceso como el estudio de tránsito promedio diario realizado por el INVÍAS y que se observa en los oficios DT-BOY 33518 y DT- BOY 33517 del 15 de julio de 2016 en el cual se concluye que entre los años 2010 a 2015, la densidad

de vehículos que transitan por el paso nacional del municipio en la vía troncal del norte (Duitama-La Palmera), ha sido similar sin aumentos significativos en la misma, siendo una densidad pequeña para pretender la evaluación de la construcción de una variante que demandaría una apropiación de recursos importantes, en perjuicio de otros proyectos viales en el departamento.

Sostuvo que el *a quo* no diferenció las competencias del INVÍAS y las del Municipio de Soatá en cuanto al paso nacional y le dio un alcance diferente a la norma y la jurisprudencia, pues la señalización relacionada con el tránsito urbano es competencia del ente territorial; es decir, del Municipio de Soatá, por lo que, señales como las de prohibido parquear, paso peatonal, entre otras, corresponden a la adecuación propia para normalizar el tránsito dentro del casco urbano, competencia que claramente no es del INVÍAS.

Indicó que la señalización debe desprenderse de estudios previos que corresponde hacer al Municipio de Soatá y esta no puede hacerse al capricho de la entidad territorial.

Manifestó que a pesar de la vinculación por pasiva del INVÍAS y del Municipio de Soatá, en el numeral primero de la sentencia, solo se declaró como vulnerador de los derechos colectivos al INVÍAS, siendo claro que al ente territorial accionado se le dan órdenes a fin de mitigar o hacer cesar la supuesta vulneración de derechos, con lo que adquiere obligaciones frente a la sentencia.

Consideró también que el *a quo* dio una valoración diferente al dictamen pericial rendido por el ingeniero de transporte Julián Rodríguez Quintero, quien, siendo la persona idónea para hacerlo, no pudo determinar conculcación de derechos colectivos en contra de la comunidad del Municipio de Soatá, hecho por el cual, el *a quo* no podía inferir tales afectaciones siendo que las mismas no estaban demostradas técnicamente, y tampoco podía dar aplicación a la publicación científica titulada el ruido del tráfico vehicular y sus efectos en el entorno urbano y la salud humana, pues la misma no fue adecuadamente incorporada y no es prueba por corresponder a una publicación científica.

Adujo que el *a quo* tampoco tuvo en cuenta ni valoró las obligaciones de todo ciudadano de afrontar cargas frente al desarrollo propio que se adelanta por la Nación, máxime cuando las casas de los accionantes fueron construidas con posterioridad a la construcción de la vía, sometiéndose al desarrollo propio que traía este tipo de infraestructura estatal, beneficiándose a costa de unas cargas cuando se han beneficiado por muchos años del paso nacional a través de la instalación de establecimientos de comercio y la realización de actividades económicas en su favor.

Afirmó que la parte accionante no pudo demostrar la existencia de contaminación con ocasión del paso de una vía nacional por el casco urbano del municipio, ya que no obra prueba en el expediente que así lo demuestre,

forzando en consecuencia, la negativa de conculcación alguna de derechos colectivos en tal sentido, sin que de la misma se puedan desprender condenas en contra del INVÍAS.

Señaló que es claro que la eventual contaminación que alegan los accionantes, no se produce con ocasión de la vía, sino por el paso de vehículos que se da sobre la misma, saliendo de la competencia del INVÍAS, pues son el Ministerio de Transporte y el Ministerio del Medio Ambiente, quienes regulan la emisión de gases y partículas contaminantes por parte de los vehículos automotores.

Concluyó indicando que no existen pruebas sobre la contaminación y mucho menos, sobre que la misma pueda ser endilgada al INVÍAS, razón por la que no se entiende el por qué se ordena hacer estudios en tal sentido, cuando justamente el mismo fallo de primera instancia refiere no encontrarse probado el supuesto fáctico alegado por la parte actora.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término procesal correspondiente, el apoderado del **Instituto Nacional de Vías**, presentó sus alegatos reiterando los argumentos planteados al momento de interponer el recurso de apelación que ocupa la atención de la Sala (fls. 428 a 430).

Las demás partes y el representante del **Ministerio Público** guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Guateque, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, corresponde a la Sala a abordar los siguientes problemas jurídicos:

- Si existe vulneración al derecho o interés colectivo al uso del espacio público de los accionantes, y si ello corresponde a una acción u omisión de las autoridades en el control del tráfico de vehículos de carga pesada por la carrera 5 entre calles 7ª y 10ª del Municipio de Soatá.

- En caso afirmativo, deberá determinarse cuál es la autoridad competente para restablecer los derechos de los accionantes y si las medidas ordenadas por la juez de primera instancia resultan apropiadas para tal fin.

2. TESIS ARGUMENTATIVAS DEL CASO

De acuerdo a lo anterior, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

2.1. Tesis de la *a quo:*

Accedió a las pretensiones de la demanda considerando que no es procedente disponer la construcción de una vía o anillo alterno a la carretera central del norte pues no existen los estudios de prefactibilidad, ni menos aún, algún proyecto vial destinado a crear una variante que evite el paso de vehículos por el perímetro urbano del municipio, sin que ello implique que las entidades demandadas abandonen las acciones tendientes a precisar si es posible la construcción de la referida variante.

Mencionó el oficio del 11 de julio de 2016 suscrito por la alcaldesa de Soatá en el que esta indicó que no puede adoptar medidas de control de tráfico vehicular por considerar que dicha vía es de competencia del INVÍAS y que el municipio ha adelantado varias gestiones en los últimos años ante diversas entidades del orden departamental y nacional, habiéndose efectuado la última en el año 2012, logrando que para el 2015 se interviniera el paso nacional ante el mal estado de algunos de sus tramos, encontrando como efectos la contaminación atmosférica y auditiva, congestión vehicular en algunos horarios, y, deterioro de la estructura del pavimento.

Dedujo que se hace necesaria la adopción de medidas resarcitorias y para tal efecto deben tomarse en consideración las sugeridas en el oficio Nº 0389 del 5 de julio de 2016, suscrito por el ingeniero de transportes y vías Julián Rodríguez Quintero, por lo que seguidamente señaló las órdenes a impartir dirigiendo algunas al INVÍAS y otras al Municipio de Soatá.

Aseveró que en relación con la posible contaminación que se presenta por el constante tráfico de vehículos, no cuenta con prueba suficiente de violación de derechos por tal concepto, y que tampoco se configuran los supuestos para que dé aplicación al principio de precaución pues no existe una controversia del orden científico que demande recurrir a él, ni existe un principio de certeza científica; es decir, no existe un estudio técnico que permita determinar el grado de ruido y contaminación ambiental del sector.

No obstante, ordenó a las entidades accionadas que procedan a hacer las mediciones y estudios necesarios para establecer si se presenta contaminación por este concepto y de ser así, dentro del marco de sus competencias procedan a tomar las medidas necesarias para corregir tal situación.

2.2. Tesis del apelante:

Solicitó se revoque la decisión de primera instancia por cuanto el *a quo* no tuvo en cuenta que el paso por la vía nacional que cruza por el Municipio de Soatá fue hecho con muchos años de antigüedad sin que para el momento se hubieren afectado derechos colectivos de los habitantes del ente territorial, sino que fue en virtud de la construcción de la vía en mención, que los ciudadanos realizaron las construcciones alrededor de la vía, siendo en consecuencia la citada troncal un polo en desarrollo, toda vez que a la fecha es allí donde están la mayoría de establecimientos de comercio que mueven la economía del municipio.

Adujo que en la sentencia se hizo una inadecuada valoración probatoria en el entendido de que no existe prueba y en consecuencia, no se demostró la vulneración a derechos colectivos por parte del INVÍAS, y tampoco le dio valor a las pruebas obrantes en el proceso como el estudio de tránsito promedio diario realizado por el INVÍAS y que se observa en los oficios DT-BOY 33518 y DT- BOY 33517 del 15 de julio de 2016.

Manifestó que a pesar de la vinculación por pasiva del INVÍAS y del Municipio de Soatá, en el numeral primero de la sentencia, solo se declaró como vulnerador de los derechos colectivos al INVÍAS, siendo claro que al ente territorial accionado se le dan órdenes a fin de mitigar o hacer cesar la supuesta vulneración de derechos, con lo que adquiere obligaciones frente a la sentencia.

Adujo que el *a quo* tampoco tuvo en cuenta ni valoró las obligaciones de todo ciudadano de afrontar cargas frente al desarrollo propio que se adelanta por la Nación, y que la parte accionante no pudo demostrar la existencia de contaminación con ocasión del paso de una vía nacional por el casco urbano del municipio, ya que no obra prueba en el expediente que así lo demuestre, forzando en consecuencia, la negativa de conculcación alguna de derechos colectivos en tal sentido, sin que de la misma se puedan desprender condenas en contra del INVÍAS.

2.3. Tesis de la Sala:

La Sala dirá que no encuentra asidero alguno para considerar que la competencia en la señalización de la vía indicada como carrera 5ª entre calles 7ª y 10ª del Municipio de Soatá esté en cabeza del Municipio de Soatá, pues muy a pesar de pasar por el casco urbano de dicho municipio, se tiene certeza que se trata de una vía nacional y por tanto, bajo la guarda y custodia del Instituto Nacional de Vías, a quien corresponde colocar las señales respectivas para mantener el orden en dicho trayecto, por lo que la Sala mantendrá la decisión adoptada en los numerales 1º y 2º de la sentencia de primera recurrida.

De otro lado, sostendrá que la competencia para efectuar las mediciones de ruido y por tanto la contaminación ambiental por tal concepto, corresponde a las Corporaciones Autónomas Regionales con independencia de la fuente que genere la emisión de ruido. No obstante, debe tenerse en cuenta que atendiendo al parágrafo 2º del artículo 9º de la Resolución 0627 de 2006 expedida por el Ministerio de Ambiente, las vías troncales, autopistas, vías arterias, vías principales, o en general las vías, son objeto de medición de ruido ambiental, más no de emisión de ruido por fuentes móviles.

Indicará que al no ser medible la emisión de ruido por fuentes móviles que es lo que se busca con la orden impartida en el numeral 5º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, y al no haberse vinculado a la presente acción a la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, la orden allí impartida no puede cumplirse y menos aún cuando no resulta ser competencia del Instituto Nacional de Vías.

Finalmente, dirá que en pro de precaver la consumación de un perjuicio derivado de una posible contaminación en los términos indicados por los accionantes, es pertinente modificar el numeral 5º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar al Municipio de Soatá que a través de los organismos de tránsito y de policía proceda a efectuar los controles respectivos a vehículos que transiten por la carrera 5ª del municipio, con el fin de establecer si los mismos cumplen con los estándares de emisiones de ruido y en caso contrario se impongan las sanciones correspondientes.

Así las cosas, para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: ***i)*** Jurisdicción y competencia, ***ii)*** la acción popular, ***iii)*** el derecho colectivo al uso del espacio público, ***iv)*** las pruebas allegadas al plenario, y, ***v)*** el caso concreto.

3. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer de este proceso, en segunda instancia, en virtud del recurso de apelación presentado por la parte demandada Instituto Nacional de Vías, en atención a lo previsto en el artículo 16 de la Ley 472 de 1998, que establece que la segunda instancia de las acciones populares radica en la corporación judicial superior a que pertenezca el juez de primera instancia, y en el caso concreto, el fallo de primera instancia fue proferido por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, razón por la cual este Tribunal es competente para conocer el presente asunto.

4. LA ACCIÓN POPULAR

La acción popular, consagrada en el inciso 1º del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, tiene como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio o un daño contingente por

la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, cuando actúen en desarrollo de funciones administrativas.

Esta acción es el mecanismo jurídico que tiene la comunidad afectada, para que de forma rápida y sencilla se proceda a ordenar la protección de sus derechos colectivos, cuando han sido vulnerados o amenazados.

En tal sentido, la primera condición para la procedencia de la acción popular, tiene que ver con que ésta se encamine o pretenda la defensa de los derechos e intereses colectivos; en ese sentido, el artículo 88 constitucional de manera expresa señala que el patrimonio público, la moralidad administrativa, el espacio público, la seguridad y la salubridad pública son derechos colectivos y por tanto pueden protegerse por medio de la acción popular.

De tal manera que este medio procesal tiene unos fines de defensa y protección de los derechos e intereses colectivos desde que se vislumbra una amenaza de lesión para que no se concrete el daño, pasando por una etapa intermedia de carácter cautelar para que cese la vulneración o el agravio, llegando, por último, a la de índole restaurativo, en tanto lo que sigue una vez el hecho dañino se ha consumado, es regresar las cosas a su estado anterior, en tanto ello sea posible, que no siéndolo, surge en su lugar la obligación de reparar acudiendo al débito secundario, al subrogado pecuniario o a la indemnización compensatoria de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.

Así, la acción popular no tiene carácter residual y por consiguiente puede coexistir con otras acciones ordinarias, es más, por el carácter prevalente y especial que tienen las acciones populares, se impone la actuación oficiosa del juez de conocimiento del trámite procesal, con tal de garantizar la protección eficaz de los derechos colectivos, acudiendo si es el caso a la aplicación del principio *iura novit curia,* para procurar inclusive la defensa de derechos e intereses colectivos no invocados en la demanda pero cuya amenaza o vulneración se ponga al descubierto durante el trámite procesal, estándole permitido al fallador emitir fallos *ultra* y *extra petita,* aspectos, estos últimos, en los que comparte similitudes y puntos de contacto con la acción de tutela, pues la una, tanto como la otra, no se satisfacen sino con la protección eficaz, desde el ámbito del derecho sustancial, de los derechos afectados.

Por tanto, la actividad de las partes debe procurar ser lo más diligente que sea posible, y leal, pues son ellas las que conocen los hechos y son ellas también las que están en posibilidad real de fijar con sus dichos y los medios de comprobación que tengan a su alcance, y que aporten, ese conocimiento al proceso.

Por último debe señalarse que estas acciones tienen una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos

colectivos prexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial.

5. DEL DERECHO COLECTIVO AL USO Y GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO

En primer lugar, ha de indicarse que el derecho al goce del espacio público encuentra fundamento constitucional en el artículo 82 que señala "*Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común*".

A su turno, la Ley 472 de 1998 en su artículo 4° estableció como derechos colectivos, entre otros, el del goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público y la seguridad y salubridad públicas.

En tal sentido, la búsqueda del adecuado uso del espacio público constituye un asunto que interesa a toda la comunidad, razón por la cual, ha de concluirse que la acción popular resulta ser procedente a efectos de proteger, preservar y restituir el espacio público en el evento en que pueda ser afectado bien sea por la acción u omisión de autoridades públicas o de particulares[1].

Ahora bien, el artículo 7° de la Ley 472 de 1998, dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 7°.- Interpretación de los Derechos Protegidos***. *Los derechos e intereses protegidos por las Acciones Populares y de Grupo, de conformidad con el artículo 4 de la presente Ley se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia".* (Destacado por la Sala)

En esa medida, la Ley 9ª de 1989 en su artículo 5° define el espacio público en los siguientes términos:

> *"**Artículo 5°.- Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos** y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, **destinados** por su naturaleza, por su uso o afectación, **a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas** que transcienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes.*
>
> *Así, constituyen **el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular**, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos*

[1] **Artículo 9°.-** *Procedencia de las Acciones Populares.* Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

> *constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general , por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo".* (Destacado por la Sala)

A su turno, el Consejo de Estado refiriéndose al derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, en sentencia de 19 de noviembre de 2009, precisó lo siguiente:

> *"(...) De los artículos 63, 72, 82, 102, y 332 de la Constitución Política se deduce que se consideran bienes de dominio público los destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o los que están facultados al uso común (...) Y los bienes de uso público universal, igualmente conocidos como bienes públicos del territorio, son aquellos cuyo dominio resulta también del Estado pero su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente.* ***Como ejemplo de ello se relacionan las calles****, plazas, parques, puentes, caminos, ejidos, etc. A partir de tales características se impone que ninguna entidad estatal tiene sobre ellos la titularidad de dominio equivalente a la de un particular, por estar destinados al servicio de todos los habitantes.* ***Sobre ellos el Estado ejerce básicamente derechos de administración y de policía, con miras a garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general*** *(...)[2]".* (Destacado por la Sala)

Así las cosas, uno de los componentes del concepto de espacio público, lo constituyen las calles de una localidad, sobre las que el Estado ejerce derechos de administración y de policía particularmente con la finalidad de garantizar y proteger su transitabilidad en condiciones adecuadas.

En ese contexto, la Ley 105 de 1993 "*Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones*", en cuanto a la integración de la infraestructura distrital y municipal de transporte, establece lo siguiente:

> *"**Artículo 17º.-** Integración de la infraestructura distrital y municipal de transporte.* ***Hace parte de la infraestructura Distrital Municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas y aquellas que sean propiedad del Municipio****, las instalaciones portuarias fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, de acuerdo con la participación que tengan los municipios en las sociedades portuarias y aeroportuarias, en la medida que sean de su propiedad o cuando estos le sean transferidos (...)".* (Destacado por la Sala)

De igual forma, el artículo 19 ibídem, deja en claro que corresponde a la Nación y las entidades territoriales, la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su infraestructura de transporte.

---

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de noviembre de 2009. Rad. 66001233100020040095501 (AP)

Ahora bien, la Ley 715 de 2001 por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de la Nación y las entidades territoriales, respecto a la competencia del municipio en materia de infraestructura de transporte, preceptúa en su artículo 76 lo siguiente:

> *"**Artículo 76. Competencias del municipio en otros sectores**. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias: (...)*
>
> *76.4. En materia de transporte*
>
> ***76.4.1. Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente**.*
>
> *Las vías urbanas que forman parte de las carreteras nacionales seguirán a cargo de la Nación.*
>
> *76.4.2. Planear e identificar prioridades de infraestructura de transporte en su jurisdicción y desarrollar alternativas viables (...)".* (Destacado por la Sala).

De acuerdo con la norma en cita, resulta evidente que corresponde a los municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y en general, aquellas que sean propiedad del municipio.

6. LOS ELEMENTOS PROBATORIOS OBRANTES EN EL PLENARIO

Al proceso fueron regular y oportunamente aportadas las siguientes pruebas relevantes:

- Audiencia de conciliación surtida ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Soatá el 16 de julio de 2014, en la cual, el Instituto Nacional de Vías se comprometió a demarcar la vía y hacer resaltos virtuales. A su vez, el ITBOY se comprometió a proveerle las plantillas para señalizar la vía con los prohibidos parquear (fls. 1 y 2).

- Declaración extra juicio rendida por los señores Amalia Ramírez Rojas, María Elena Suárez Rojas, Lucila Rincón de Blanco, Elsa Cecilia Romero Cobos, Jairo Alfonso Pacheco Giraldo, ante la Notaría Única del Círculo de Soatá en la cual manifestó que residen en la carrera 5 de Soatá y que en dicha zona se presenta demasiado ruido, contaminación del aire y peligrosidad por el permanente tráfico de vehículos pesados en doble vía, situación que se encuentra en aumento. Indicó además que se trata de una vía angosta y empinada que se viene utilizando como parte de la carretera central del norte por

donde transitan gran cantidad de buses, camiones, volquetas y tracto camiones en doble sentido, subiendo y bajando, y que, hay mucha contaminación puesto que en las paredes de algunas construcciones se ve un hollín negro (fls. 5, 9, 14, 23, 27).

- Copia de Oficio 756 DEBOY ESTPO SOATA 29 del 13 de agosto de 2014, por medio del cual, el comandante de la Estación de Policía de Soatá puso en conocimiento del Juzgado Promiscuo Municipal de Soatá, las actividades adelantadas de acuerdo con los compromisos adquiridos en el trámite de la acción de tutela (fls. 31 y 32).

- Copia de Oficio 985 DEBOY ESTPO SOATA 29 del 29 de octubre de 2014 y Oficio 1126 DEBOY ESTPO SOATA 29 del 12 de diciembre de 2014, por medio del cual, el coordinador de Policía de Tránsito Urbano de Soatá puso en conocimiento del Juzgado Promiscuo Municipal de Soatá, las actividades adelantadas de acuerdo con los compromisos adquiridos en el trámite de la acción de tutela (fls. 39 y 40).

- Copia de oficio CSA-532-1241-2014 del 22 de agosto de 2014 por medio del cual, el director senior de construcción de Conalvías Construcciones informa al INVÍAS las obras adelantadas con ocasión al acuerdo al que se llegó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Soata, correspondiente entre otras a la instalación de líneas de borde en ambos sentidos de la vía, y la instalación de resaltos virtuales (fls. 53 a 56).

- Dictamen pericial rendido por el ingeniero en transportes y vías Julián Rodrigo Quintero González, dando respuesta al Oficio Nº 0389 del 20 de mayo de 2016 emitido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama (fls. 297 a 311).

- Oficios DT-BOY 33517 y DT-BOY 33518 del 15 de julio de 2016 suscrito por el director territorial Boyacá del Instituto Nacional de Vías, por medio de los cuales da respuesta a requerimiento que le fuera hecho por el juzgado de primera instancia mediante oficios 0391 a 0393 (fls. 317 a 322).

- Oficio GAM-258-2016 del 11 de julio de 2016 suscrito por la alcaldesa del Municipio de Soatá, por medio del cual da respuesta a los oficios 0390 y 0394 emanados del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama, indicando que dicho ente territorial no puede adoptar medidas de control del tráfico vehicular por cuanto dicha vía es administrada por el INVÍAS por tratarse de la ruta nacional 55 conocida como carretera central del norte (fl. 323).

- Declaración rendida ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Soatá, por el señor Jairo Alfonso Pacheco Giraldo (fls. 357 y 358).

7. CASO CONCRETO

Sea lo primero señalar que la presente acción tuvo como finalidad obtener el amparo de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, del espacio público y a la seguridad y salubridad públicas, presuntamente vulnerados a los habitantes de la carrera 5 entre calles 7 y 10 del Municipio de Soatá, por el citado ente territorial y el Instituto Nacional de Vías, al permitirse por parte de estas autoridades, el tránsito de un gran flujo de vehículos de tracto pesado, tales como buses, camiones, volquetas y tractocamiones, generándose alto ruido, exhalación de humos y amenaza de accidentes.

Adelantado el trámite permanente, la juez de primera instancia consideró que de las probanzas allegadas se evidencia que por la vía en mención existe en efecto un alto flujo vehicular y por tanto se hace necesaria la adopción de medidas resarcitorias tales como el mantenimiento y señalización de la vía a través de la instalación de señales de tránsito horizontales y verticales que permitan mitigar la velocidad, el ruido y que adviertan el paso peatonal a los automotores que transitan por tal sector.

Adicionalmente, señaló la *a quo* que no obstante no encontrarse acreditada la contaminación alegada por los accionantes, dado que puede estarse presentando esta, debe ordenarse a las accionadas que se proceda a hacer las mediciones y estudios necesarios para establecer si se presenta contaminación por tal concepto y de ser así, se proceda dentro del marco de sus competencias a adoptar las medidas necesarias para corregir tal situación.

Inconforme con la decisión, el apoderado del INVÍAS manifestó impugnar la misma por considerar que para el momento en que la vía se construyó no existían las viviendas de los accionantes y que fue en virtud de la construcción de dicha vía que los ciudadanos iniciaron la construcción de sus viviendas por ser una fuente de desarrollo para el comercio.

Aseveró que no existe prueba que permita inferir la vulneración de derechos colectivos por parte del INVIAS además de que el flujo vehicular de dicha vía no ha cambiado de forma considerable para inferir que genera vulneración alguna, pero en caso tal de que se requiera la señalización correspondiente, todas aquellas señales que busquen regular el tránsito por el casco urbano, como las de prohibido parquear o paso peatonal, son competencia del Municipio de Soatá y no del INVÍAS.

Finalmente, consideró que la juez de primera instancia dio un alcance diferente al dictamen pericial que fuera rendido dentro del proceso, señalando que fue una persona idónea la que rindió el experticio y que esta persona no determinó ninguna afectación a derechos colectivos, por lo cual, no le estaba dado a la *a quo* inferir tal vulneración, y más aún, en caso de evidenciarse contaminación por el paso de vehículos, mitigar la misma no es de su

competencia, sino del Ministerio de Transporte y el Ministerio del Medio Ambiente.

Según se extracta de los hechos que dieron origen a las acciones de tutela incoadas por los señores Ciro Antonio Romero, Jorge Wilson Blanco, Argemira Blanco, Marco Fidel Rojas y Robertina Rincón, y que ahora se estudian mediante el mecanismo de la acción popular, la vía frente a la cual se solicita la adopción de medidas, como lo es la carrera 5 entre calles 7ª y 10ª, es una vía de gran importancia para la conexión del Municipio de Soatá con los Municipios de Susacón y Capitanejo, y se trata de un tramo de una vía nacional conocida como la troncal central del norte.

Adicionalmente, según se infiere de los fundamentos fácticos de las acciones, dicho tramo vial constituye a su vez un sector residencial en el cual se encuentran ubicadas las viviendas de los accionantes y de algunas otras personas, quienes consideran que el alto flujo vehicular, pero especialmente el tránsito de vehículos de tracto pesado como buses, camiones y volquetas, afecta en gran medida su derecho al goce del espacio público y pone en riesgo la vida de los peatones que circulan por dicha vía.

Al respecto, evidencia la Sala que la situación endilgada no solo es advertida por las 5 personas que dieron inicio a la acción popular, sino que tal es también el caso de otras 137 personas que en la oportunidad debida manifestaron coadyuvar la solicitud de amparo por considerar también que con el alto flujo de vehículos por el tramo vial aludido, se vulneran sus derechos al goce de un ambiente sano y del espacio público (fls. 241 a 253).

Observa la Sala que además de las manifestaciones efectuadas por los accionantes y coadyuvantes de la acción, las diversas declaraciones rendidas con fines extraproceso ante la Notaría Única del Círculo de Soatá, por los señores Amalia Ramírez Rojas, María Elena Suárez Rojas, Lucila Rincón de Blanco, Elsa Cecilia Romero Cobos, Jairo Alfonso Pacheco Giraldo, estuvieron orientadas a señalar que en la vía a que se ha hecho referencia, se presenta demasiado ruido, contaminación del aire y peligrosidad por el permanente tráfico de vehículos pesados en doble vía, situación que se encuentra en aumento (fls. 5, 9, 14, 23, 27).

Indicaron además que se trata de una vía angosta y empinada que se viene utilizando como parte de la carretera central del norte por donde transitan gran cantidad de buses, camiones, volquetas y tracto camiones en doble sentido, subiendo y bajando, y que, hay mucha contaminación puesto que en las paredes de algunas construcciones se ve un hollín negro.

La Sala no pasa por alto que tal como lo advierte el impugnante, dichas declaraciones no fueron objeto de contradicción en el trámite de la presente acción popular, tal como lo exige el artículo 174 del C.G.P, por lo que efectuar su valoración no es viable.

No obstante, sí resulta pertinente tener en cuenta la declaración así rendida por el señor Jairo Alfonso Pacheco Giraldo quien en la oportunidad pertinente, amplió su versión sobre la situación en comento, señalando lo siguiente (fls. 357 y 358):

> *"PREGUNTA: Sírvase decirle al despacho, ya enterado de los hechos de la demanda lo que Usted sepa y le conste frente a estos, es decir a los que constituyen la demanda de la señora ROBERTINA RINCON Y OTROS CONTESTO: que es una vía muy estrecha para un flujo de tráfico pesado en el sentido que cuando se encuentran dos tractomulas se generan trancones, el ruido de los carros, la otra hablando de salud auditiva, por la noche los buses pitan, pasan como ente las 10:00 de la noche a las dos de la mañana pitan, y evitan el sueño, contaminan salud auditiva, despiertan a los niños y a todos, se han colocado quejas al respecto y este año ha mermado un poco, lo otro de los asuntos es la velocidad con que se transita los vehículos por que ha habido unos accidentes. Yo verbalmente se los he manifestado a los gobernantes municipales de turno sobre la necesidad de colocar reductores de velocidad. Alguna vez nos manifestaron que no era viable colocar policías acostados en razón a que como es subiendo se presentaba inconvenientes con el tráfico de las tractomulas. Hay zonas de la carrera 5ª que son muy estrechos, igualmente los andenes son muy estrechos y tienen que bajarse a la calle y he sido testigo presencial en tres (3) ocasiones y he tenido conocimiento por mi calidad de médico del hospital del municipio los he atendido en ortopedia. En cuanto a la contaminación del aire, cuando las tractomulas van subiendo es cuando más votan humo contaminando el ambiente y no se puede dejar ni puertas ni ventanas abiertas por que la casa se llena de humo. Respecto de los daños de la vivienda no tengo mucho conocimiento, salvo el deterioro de las casas por la polución y el humo que dejan los vehículos de tráfico pesado. Se resalta que no hay una adecuada señalización, ni reductores de velocidad ni control permanente de tránsito como sucede en otros municipios, como en Tipacoque, Cerinza, Belén."* (sic a todo)

De otro lado valga resaltar que por parte del INVÍAS se allegó al plenario un estudio que refleja el comportamiento vehicular (autos, buses y camiones) en la vía aludida, entre los años 2010 a 2015 (fl. 319), el cual se concreta en el siguiente cuadro:

ESTAC. No.	SECTOR	CODIGO VIA	LONGITUD (KM)	SERIE HISTÓRICA Y COMPOSICIÓN DEL TRÁNSITO PROMEDIO DIARIO TERRITORIAL BOYACÁ					
				2010	2011	2012	2013	2014	2015
120	SUSACON- SOATA	5503	18	**798**	**788**	**699**	**746**	**826**	**799**
Automóviles				58% (463)	53% (417)	48% (336)	55% (410)	49% (405)	59% (471)
Buses				9%(72)	9% (70)	12% (84)	9% (67)	12% (99)	12% (96)
Camiones				33% (263)	37% (291)	40% (279)	36% (269)	39% (269)	29 (232)
121	SOATA - CAPITANEJO	5503	31	**437**	**340**	**368**	**516**	**585**	**674**
Automóviles				39% (171)	39% (171)	39% (143)	44% (227)	48% (281)	53% (357)
Buses				12% (52)	12% (52)	10% (37)	15% (77)	11% (64)	12% (81)
Camiones				**49% (214)**	**49% (165)**	**51% (188)**	**41% (212)**	**41% (240)**	**35% (236)**

Como puede deducirse de la tabla acabada de relacionar, el comportamiento vial del tramo aludido demuestra que en efecto, tal como lo afirman los accionantes, por lo menos entre los años 2010 a 2015 existió una gran afluencia de vehículos de tracto pesado, especialmente camiones, oscilando

este entre un 29% y un 51% del total de vehículos que transitan la vía, porcentaje que resulta considerable por el gran impacto que genera el tránsito de este tipo de vehículos.

Entonces, contrario a lo afirmado por el INVÍAS en su alzada, la Sala comparte la conclusión a la cual llegó la *a quo* en cuanto a que se encuentra demostrado que el tránsito vehicular por el tramo vial referido constituye una amenaza para el derecho al goce y uso del espacio público por parte de los habitantes de dicho sector.

En este punto, debe destacar la Sala que contrario a lo manifestado por la entidad impugnante, en su concepto, el profesional que rindió el experticio solicitado de manera oficiosa por el juzgado de primera instancia no señaló que no se hayan encontrado afectaciones a derechos colectivos, sino que señaló que resulta imposible rendir un concepto detallado de los perjuicios causados a la comunidad con el tránsito vehicular específicamente en lo que atañe a la posible contaminación auditiva, puesto que medir tales impactos hace necesario el uso de equipos adecuados y desplazamiento de personal por un tiempo considerable, lo cual da lugar a una serie de costos (fls. 297 a 304).

No obstante, la Sala no se detendrá en el análisis del mencionado experticio no solo porque el mismo no hace un estudio detallado de perjuicios sino que se dedica a indicar resultados probables de la contaminación auditiva, y además, por cuanto dicha prueba se tuvo por desistida mediante auto del 2 de febrero de 2017 al no haberse cancelado por las partes los honorarios del perito, conforme se había dispuesto por la juez de primera instancia (fl. 346), sin que las partes se opusieran a tal decisión.

De otro lado, debe señalarse que el hecho de que las viviendas de los accionantes se hayan construido con posterioridad a la vía en comento, no es óbice para permitir que el tránsito vehicular ponga en riesgo los derechos de los habitantes, sino que por el contrario, el desarrollo y avance en la infraestructura pone a las autoridades en el deber de garantizar el pleno goce de los derechos de los habitantes, llevando a cabo las labores necesarias para ello.

Por tanto, para la Sala, las medidas adoptadas por la juez de primera instancia en su decisión, como lo son ordenar el mantenimiento y señalización de la vía para mitigar la velocidad, el ruido y advertir el paso peatonal, resultan acordes para el restablecimiento de los derechos de los accionantes y demás personas que han visto mermado el goce de su derecho al uso del espacio público.

Comparte igualmente la Sala la decisión adoptada de ordenar que se efectúe la señalización correspondiente por cuanto, tal como lo advirtió el INVÍAS en el oficio DT-BOY 33518 del 15 de julio de 2016 (fls. 317 y 318), no se cuenta con un proyecto vial en relación con la construcción de una variante para el tránsito de vehículos, y es claro que para dar una orden en el sentido de

construir un anillo vial o ruta alterna, deben existir los estudios pertinentes que señalen la conveniencia y necesidad de ello, lo cual se echa de menos en este asunto.

Ahora, en cuanto a la autoridad competente para efectuar la señalización correspondiente, el artículo 82 de la Constitución Política señala que "*Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.*"

A su vez, la Ley 9ª de 1989, define el espacio público en su artículo 5°, así:

> *"Entiéndase por Espacio Público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes."*
>
> *"Así, constituyen Espacio Público de la ciudad* ***las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal****, como vehicular, las áreas de recreación pública,..." (Resalta la Sala)*

Por su parte el Decreto 1504 de 1998, en su artículo 5° señala que el espacio público está constituido, entre otros, por:

> *"a) Areas integrantes de los* ***sistemas de circulación peatonal*** *y vehicular, constituidas por:*
>
> *i) Los componentes de los perfiles viales tales como: áreas de control ambiental, zonas de mobiliario urbano y señalización, cárcamos y ductos, túneles peatonales, puentes peatonales, escalinatas, bulevares, alamedas, rampas para discapacitados, andenes, malecones, paseos marítimos, camellones, sardineles, cunetas, ciclopistas, ciclovías, estacionamiento para bicicletas, estacionamiento para motocicletas, estacionamientos bajo espacio público, zonas azules, bahías de estacionamiento, bermas, separadores, reductores de velocidad, calzadas, carriles;(...)"*

Conforme a lo anterior, se infiere que las vías como bienes de uso público gozan de especial protección constitucional y legal, siendo parte integral del espacio público y están establecidas con el propósito, entre otros, de alcanzar los fines del Estado, el cual se propone garantizar a los asociados la seguridad, el bienestar, el libre tránsito, así como promover la prosperidad general, por lo que su disponibilidad no puede quedar librada a la voluntad de los particulares, ni a la decisión de organismos administrativos a los cuales se confía la responsabilidad atinente a la normativización, planificación y regulación del uso.

En igual sentido resulta pertinente señalar que conforme al artículo 2° de la Ley 769 de 2002 *"Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones"*, la señal de tránsito está definida como un dispositivo físico o marca especial preventiva, reglamentaria e informativa, que indica la forma correcta como deben transitar los usuarios de las vías.

Así, según lo dispuesto en el artículo 110 ibídem, las señales de tránsito se clasifican así:

- **Señales reglamentarias:** Tienen por objeto indicar a los usuarios de las vías las limitaciones, prohibiciones o restricciones sobre su uso y cuya violación constituye falta que se sancionará conforme a las normas del presente código.

- **Señales preventivas:** Tienen por objeto advertir al usuario de la vía la existencia de un peligro y la naturaleza de éste.

- **Señales informativas:** Tienen por objeto identificar las vías y guiar al usuario, proporcionándole la información que pueda necesitar.

- **Señales transitorias:** Pueden ser reglamentarias, preventivas o informativas y serán de color naranja. Modifican transitoriamente el régimen normal de utilización de la vía.

De acuerdo con el parágrafo 2° de esta disposición, es responsabilidad de las autoridades de tránsito la colocación de las señales de tránsito en los perímetros urbanos inclusive en las vías privadas abiertas al público.

Así mismo prevé el artículo 115 de la Ley 769 de 2002 que el Ministerio de Transporte diseñará y definirá las características de las señales de tránsito, su uso, su ubicación y demás características que estime conveniente, y que estas señales serán de obligatorio cumplimiento para todo el territorio nacional.

Concordante con ello, el parágrafo 1° de la misma norma señala que **cada organismo de tránsito responderá en su jurisdicción por la colocación y el mantenimiento de todas y cada una de las señales necesarias para un adecuado control de tránsito que serán determinadas mediante estudio que contenga las necesidades y el inventario general de la señalización en cada jurisdicción.**

Ahora bien, como se señaló en precedencia, la Ley 715 de 2001 por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de la Nación y las entidades territoriales, respecto a la competencia del municipio en materia de infraestructura de transporte, preceptúa en su artículo 76 lo siguiente:

> *"**Artículo 76. Competencias del municipio en otros sectores**. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias: (...)*
>
> *76.4. En materia de transporte*
>
> ***76.4.1. Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que***

> ***sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente.***
>
> ***Las vías urbanas que forman parte de las carreteras nacionales seguirán a cargo de la Nación.***
>
> *76.4.2. Planear e identificar prioridades de infraestructura de transporte en su jurisdicción y desarrollar alternativas viables (...)".*
>
> (Destacado por la Sala).

De lo anterior se colige necesariamente que en cuanto a la regulación del tránsito, las autoridades de tránsito solo tienen competencia dentro del territorio de su jurisdicción. No obstante, cuando se trate de la señalización de una vía urbana que atraviese el perímetro urbano de determinado ente territorial, no por ello, la competencia radica en cabeza de la autoridad municipal, sino que la competencia seguirá estando a cargo de la nación.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado en la sentencia del 22 de julio de 2009[3], en relación con la competencia del INVÍAS en la señalización de vías de orden nacional que tienen su paso por el perímetro urbano, así:

> *"En efecto, la norma regula aquella situación fáctica en la que una vía nacional se ubica en el perímetro urbano de un municipio, situación que le exige, eventualmente, intervenir la vía en su estructura o realizar las obras que demande a efectos de acomodarla o adecuarla a las exigencias propias del área o perímetro urbano. Así mismo, es trascendental, a efectos de establecer el alcance de la obligación de adecuación de esas vías nacionales, determinar en que consiste el "perímetro urbano", para lo que es preciso acudir al art. 31 de la ley 388 de 1997 expresa al respecto:*
>
> > *"Suelo urbano.* ***Constituyen el suelo urbano, las áreas del territorio distrital o municipal destinadas a usos urbanos por el plan de ordenamiento, que cuenten con infraestructura vial y redes primarias de energía, acueducto y alcantarillado, posibilitándose su urbanización y edificación, según sea el caso****. Podrán pertenecer a esta categoría aquellas zonas con procesos de urbanización incompletos, comprendidos en áreas consolidadas con edificación, que se definan como áreas de mejoramiento integral en los planes de ordenamiento territorial.*
> >
> > *"Las áreas que conforman el suelo urbano serán delimitadas por perímetros y podrán incluir los centros poblados de los corregimientos. En ningún caso el perímetro urbano podrá ser mayor que el denominado perímetro de servicios públicos o sanitario." –Resalta la Sala-*
>
> *Como puede observarse, el área urbana es catalogada como tal, en razón a sus particularidades, a las cuales debe acomodarse o adecuarse la respectiva vía nacional ubicada en su perímetro, y fue eso, precisamente, lo que previó la norma en comento. Siendo así, por el hecho de que la vía cuente con esa naturaleza y, por tanto, sea responsabilidad del INVIAS, no impide que el municipio la intervenga y adelante las obras o adecuaciones estructurales necesarias para garantizar el normal funcionamiento de la "vida municipal".*
>
> *Los conceptos anteriores ofrecen claridad en cuanto a la obligación de los municipios en relación con las vías del orden nacional que traspasan o se ubican*

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Rad. Nº 76001-23-31-000-1995-01182-01(16333), C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

en el perímetro o suelo urbano, toda vez que, cuando el art. 1 en su letra d) del decreto 80 de 1987 les impone la obligación de adecuar o acomodar la estructura de las vías o carreteras nacionales según las necesidades de la "vida municipal", hace referencia a la realización de las obras requeridas para el debido funcionamiento del municipio, esto es, para la correcta prestación de los distintos servicios públicos -entre ellos los domiciliarios[4]-, también para garantizar la movilidad vehicular y peatonal en la zona y, así, facilitar la urbanización y edificación. Según lo anterior, consecuencialmente, cuando el municipio, en desarrollo de las actividades necesarias para la adecuación de la vía nacional, cause un daño antijurídico, el ente territorial responderá.

Es claro que el art. 1 en su letra d) del decreto 80 de 1987 otorga a los municipios la obligación de realizar, sobre las vías nacionales, las obras estructurales requeridas para su debido funcionamiento como ente territorial, aspecto que en todo caso requiere la intervención física de la carretera; sin embargo, ese deber no conlleva la realización de obras relacionadas con el mantenimiento o la señalización de la vía, pues estas son actividades atribuidas, legalmente, al INVIAS, entidad que, incluso, en el presente caso, certificó que la conservación, mantenimiento y señalización de la Av. Simón Bolívar de Buenaventura –vía nacional- era su responsabilidad –fls. 4 y 5, cdno. 5-.

Bajo esta perspectiva, se observa que la norma otorga a los municipios la obligación y/o potestad de adecuar o acomodar las vías nacionales de acuerdo con sus necesidades, a efectos de garantizar la prestación de los servicios públicos, situación que exige la construcción de diferentes redes físicas –alcantarillado, acueducto, etc.-; de regular la circulación vehicular o peatonal en la zona, integrando o facilitando la convexidad de esa vía con las demás del orden municipal –construyendo cruces viales y puentes peatonales-; facilitar la urbanización y edificación en determinada área; entre otras actividades con similar finalidad y que no están relacionadas con la construcción, el mantenimiento o la señalización de una vía nacional[5]. Sin embargo, no puede entenderse que dicha obligación de adecuar o acomodar signifique el mantenimiento, sostenimiento o la señalización de la respectiva vía nacional.

Efectivamente, y teniendo claridad sobre el concepto y alcance de la obligación de "adecuar", es preciso considerar sus diferencias frente a las actividades relacionadas con el "mantenimiento", vocablo que define, en lo pertinente, el mismo Diccionario de la Real Academia de la Lengua como el "Conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc., puedan seguir funcionando adecuadamente"[6].

Este concepto ratifica lo expuesto supra, en el sentido de que, la obligación de mantenimiento se establece a efectos de garantizar el funcionamiento

---

[4] En este sentido, el art. 5 de la Ley 142 de 1994 prescribe: "COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS EN CUANTO A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:
"5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente. (...)"

[5] En cuanto a la "vía nacional", la ley 105 de 1993, en su art. 11, prescribe: "Perímetros del transporte por carretera. Constituyen perímetros para el transporte nacional, departamental y municipal, los siguientes:
"a. El perímetro del transporte nacional comprende el territorio de la Nación. El servicio nacional está constituido por el conjunto de las rutas cuyo origen y destino estén localizadas en diferentes Departamentos dentro del perímetro Nacional.
"No hacen parte del servicio Nacional las rutas departamentales, municipales, asociativas o metropolitanas. (...)"

[6] En línea: <www.rae.es>. Consultado el 1° de junio de 2009.

apropiado de la vía, la cual, en todo caso, está al servicio de los entes territoriales. En el mismo sentido, en cuanto a la obligación de señalización de la vía[7], se concluye que, sumado a que no se trata de una actividad de "adecuación", tampoco es "estructural", por ende, no cumple con las condiciones impuestas por la norma a efectos de que su cumplimiento sea responsabilidad de los entes territoriales.

En conclusión, el argumento propuesto por la entidad recurrente no es válido, pues no es obligación de lo municipios realizar las actividades correspondientes al mantenimiento o señalización de las vías del orden nacional, por tanto, frente al caso concreto, no puede imputarse la responsabilidad del daño antijurídico al municipio de Buenaventura por este aspecto, pues ni siquiera existía un deber jurídico previo en tal sentido."

(Destacado por la Sala)

Por consiguiente, la Sala no encuentra asidero alguno para considerar que la competencia en la señalización de la vía indicada como carrera 5ª entre calles 7ª y 10ª del Municipio de Soatá esté en cabeza del Municipio de Soatá, pues muy a pesar de pasar por el casco urbano de dicho municipio, se tiene certeza que se trata de una vía nacional y por tanto, bajo la guarda y custodia del Instituto Nacional de Vías, a quien corresponde garantizar las señales respectivas para mantener el orden en dicho trayecto, por lo que la Sala mantendrá la decisión adoptada en los numerales 1° y 2° de la sentencia de primera recurrida.

De otro lado, debe analizarse el argumento planteado por la entidad impugnante en relación con que no es ella la autoridad competente para seguir la orden impartida en la sentencia de primera instancia como lo es efectuar las mediciones y estudios necesarios para establecer si se presenta contaminación por concepto del tránsito vehicular.

Lo anterior como quiera que la juez de primera instancia consideró que no se encuentra demostrado dentro del plenario la afectación al derecho al goce de un ambiente sano, pero por considerar que se puede presentar un daño derivado del tráfico vehicular, específicamente por el ruido de motores, pitos y cornetas, así como la exhalación de humos, deben hacerse los estudios pertinentes y en caso de arrojar resultados de contaminación, adoptarse las medidas correspondientes.

Al respecto, observa la Sala que le asiste razón al INVÍAS en cuanto a la competencia de las autoridades ambientales para efectuar estudios como el ordenado en la sentencia de primera instancia.

La anterior afirmación por cuanto se tiene que de acuerdo con el artículo 31, numerales 1, 12, 17 y 20 de la Ley 99 de 1993, le corresponde a las corporaciones autónomas regionales, el promover y ejecutar programas y

---

[7] Art. 2, Ley 769 de 2002: "*Definiciones.* Para la aplicación e interpretación de este código, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...)
"Señal de tránsito: Dispositivo físico o marca especial. Preventiva y reglamentaria e informativa, que indica la forma correcta como deben transitar los usuarios de las vías."

políticas nacionales, regionales y sectoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, ejercer las funciones de evaluación, control, y seguimiento ambiental de los usos del agua, el suelo, el aire y los demás recursos naturales renovables, lo cual comprenderá el vertimiento, emisión o incorporación de sustancia o residuos líquidos, sólidos y gaseosos, a las aguas en cualquiera de sus formas, al aire o a los suelos, así como los vertimientos o emisiones que puedan causar daño o poner en peligro el normal desarrollo sostenible de los recursos naturales renovables o impedir u obstaculizar su empleo para otros usos.

Dicha norma fue reglamentada por el Decreto 948 de 1995, y en relación con la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire, expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, en su artículo 66 establece las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales y de los Grandes Centros Urbanos.

Para la implementación del Decreto 948 de 1995, se han expedido decretos modificatorios y resoluciones, que contienen normas específicas nacionales y locales para calidad del aire, emisiones de fuentes móviles, fijas, ruido, calidad de combustibles y otras disposiciones. De tal forma, en el año de 2006, el Ministerio de Ambiente, expidió la Resolución 0627, la cual establece la norma nacional de emisión de ruido y ruido ambiental, indicando en el parágrafo 2º del artículo 9º **que las vías troncales, autopistas, vías arterias, vías principales, o en general las vías, son objeto de medición de ruido ambiental, más no de emisión de ruido por fuentes móviles**.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación aparte jurisprudencial emanado de la Corte Constitucional[8], en el que se indican los efectos nocivos del ruido y su impacto en la salud, y adicionalmente se especifica cuál es la autoridad competente para efectuar la medición de ruidos y adoptar las medidas pertinentes, así:

> *"4.3 Pero la contaminación por ruido no solo puede vulnerar el derecho a la intimidad y a la tranquilidad. Los niveles excesivamente altos de sonido también pueden tener repercusiones nocivas en la salud humana y, por contera, amenazar o violar el derecho fundamental a la salud reconocido en el artículo 49 de la Carta.*
>
> *La Asociación Médica Mundial (AMM) declaró que "el ruido afecta a las personas de diversas maneras. Sus efectos están relacionados con la audición, el sistema nervioso vegetativo, la psiquis, la comunicación oral, el sueño y el rendimiento. Puesto que el ruido es un factor estresante, una carga mayor para el cuerpo produce un mayor consumo de energía y más desgaste. Se sospecha que el ruido puede favorizar (sic.) principalmente las enfermedades en que el estrés tiene una función importante, como las enfermedades cardiovasculares, que se pueden manifestar en la forma de hipertensión, infarto de miocardio, angina de pecho o incluso apoplejía. Los efectos para el campo psicológico también son graves. El estrés producido por ruido ambiental - en especial el*

[8] Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión de tutela, sentencia T-672 del 10 de septiembre de 2014, Exp. Nº T-4.349.683, M.P Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

ruido del tráfico - es una preocupación principal, no sólo en los países industrializados, sino también cada vez más en las naciones en desarrollo."[37]

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha señalado que las consecuencias de la exposición al ruido urbano son consideradas como un problema cada vez más importante de salud pública[38]. Para este organismo, la importancia para la salud de la contaminación acústica se da de acuerdo con las ilaciones específicas que esta produce, tales como "discapacidad auditiva inducida por el ruido; interferencia con la comunicación oral; perturbación del descanso y el sueño; efectos psicofisiológicos, de salud mental y de rendimiento"[39].

***Las principales fuentes de contaminación acústica, según la OMS, incluyen las carreteras**, el ferrocarril, el tránsito aéreo, las industrias, la construcción de obras públicas, entre otras, siendo particularmente vulnerables las personas con discapacidad auditiva o con determinadas enfermedades o problemas médicos (por ejemplo presión arterial alta), las que se encuentran en hospitales o en rehabilitación en el hogar, las que ocupan tareas cognitivas complejas, los ancianos, los niños en el proceso de aprendizaje del lenguaje y los fetos[40].*

No obstante lo anterior, cabe señalar que no toda fuente de ruido constituye un peligro para la salud humana; para que genere un perjuicio debe haber una frecuente exposición a los mismos que supere los niveles de ruido tolerables.

La preocupación a este respecto no ha sido exteriorizada solo por las organizaciones internacionales, sino que ha sido reconocida igualmente por la legislación colombiana, que a través de mecanismos regulatorios donde acepta la problemática, ha tratado de encontrar alternativas de solución.

En este ámbito, quien tiene la competencia para regular, vigilar, controlar y sancionar[41] cuando el impacto de la fuente emisora afecta y altera la salud y bienestar de las personas[42] es el Ministerio de Salud[43]. Así mismo, las autoridades territoriales están obligadas a "vigilar las condiciones ambientales que afectan la salud y el bienestar de la población generadas por ruido, tenencia de animales domésticos, basuras y olores, entre otros."[44]

La resolución 8321 de 1983, expedida por el Ministerio de Salud, definió la contaminación por ruido como "cualquier emisión de sonido que afecte adversamente la salud o seguridad de los seres humanos, la propiedad o el disfrute de la misma"[45], estableció los niveles sonoros máximos permisibles de acuerdo a la zonificación definida por las autoridades competentes, reguló las formas de su medición y las sanciones que deberían ser impuestas en caso de incumplimiento.

Sin perjuicio de la competencia del Ministerio de Salud, son las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) las encargadas de establecer y ejecutar los planes de descontaminación por ruido, y a su vez ejercer la evaluación, control, seguimiento y sanción en caso de violación de las disposiciones ambientales, en concurrencia con las atribuciones arrogadas al Ministerio del Medio Ambiente.

Con todo lo explicado, cuando las circunstancias conllevan a determinar que los niveles de ruido a los que se ve expuesta la población son de tal magnitud que tienen repercusiones que afectan en alguna proporción la calidad de la salud, debe velarse por la garantía de dicho derecho[46]. En ese caso, debe haber una mayor intervención por parte de las autoridades administrativas y medidas encaminadas a su restablecimiento."

De lo anterior se colige entonces que la competencia para efectuar las mediciones de ruido y por tanto la contaminación ambiental por tal concepto, corresponde a las Corporaciones Autónomas Regionales con independencia de la fuente que genere la emisión de ruido. No obstante, debe tenerse en cuenta que atendiendo al parágrafo 2º del artículo 9º de la Resolución 0627 de 2006 expedida por el Ministerio de Ambiente, las vías troncales, autopistas, vías arterias, vías principales, o en general las vías, son objeto de medición de ruido ambiental, más no de emisión de ruido por fuentes móviles.

Por consiguiente, al no ser medible la emisión de ruido por fuentes móviles que es lo que se busca con la orden impartida en el numeral 5º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, y al no haberse vinculado a la presente acción a la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, la orden allí impartida no puede cumplirse y menos aún cuando no resulta ser competencia del Instituto Nacional de Vías.

Sin embargo, en pro de precaver la consumación de un perjuicio derivado de una posible contaminación en los términos indicados por los accionantes, la Sala considera pertinente modificar el numeral 5º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar al Municipio de Soatá que a través de los organismos de tránsito y de policía proceda a efectuar los controles respectivos a vehículos que transiten por la carrera 5ª del municipio, con el fin de establecer si los mismos cumplen con los estándares de emisiones de gases y de ruido, y en caso contrario se impongan las sanciones correspondientes.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Nº 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia del 20 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

> **QUINTO: ORDENAR** al MUNICIPIO DE SOATÁ que a través de los organismos de tránsito y de policía proceda a efectuar los controles respectivos a vehículos que transiten por la carrera 5ª del municipio, con el fin de establecer si los mismos cumplen con los estándares de emisiones de gases y de ruido, y en caso contrario se impongan las sanciones correspondientes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia del 20 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, dejando las anotaciones que sean del caso.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Tipo de proceso: Acción Popular
Demandante: Robertina Rincón de Aconcha y otros
Demandado: Municipio de Soatá – Instituto Nacional de Vías
*Expediente: 152383330012**015000006**01*

11 28 DIC 2016

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja,

Accionante	Cerbeleon Camargo Pineda y otros.
Accionado	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.
Expediente	150013333-001-2015-00209-00.
Medio de control	Reparación directa.
Tema	Admite recurso de apelación contra sentencia.

De acuerdo al acta individual de reparto, visible a folio 173, se encuentra el expediente al despacho, a efecto de pronunciarse del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el juzgado primero administrativo del circuito de Tunja, el día 06 de octubre de 2017 (fl. 134-148), notificada a las partes por correo electrónico (fl. 149). Entre tanto, el escrito de apelación se presentó en oportunidad (fl. 150-165) y fue debidamente sustentado.

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto[1] el 23 de octubre de 2017, por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 06 de octubre de 2017, proferida por el juzgado primero administrativo del circuito de Tunja.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[2] de la Ley 1437 de 2011.

---

[1] Visible a folio 150-165 del expediente.
[2] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

_____
Secretaria

(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

Consejo Superior de la Judicatura

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 2

Accionante	Julio Justo Albarracín Pérez
Accionado	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente	152383333-001-2016-00060-01
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho

Decide la Sala el recurso de apelación, formulado por la parte demandante (Folios 45) contra la sentencia proferida en audiencia inicial de fecha nueve (09) de marzo de 2017, por el Juzgado primero Administrativo Oral Circuito Judicial Duitama, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA - (Folios 14-24).

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Julio Gustavo Albarracín Perez, presentó demanda en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, con el objeto que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios No 15157 y 519/GAG-SDP de 14 de diciembre y 01 de febrero de 2012, mediante los cuales se negó el reajuste de la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene reliquidar y pagar la prima de actividad, como partida computable de la asignación de retiro, a partir del 1° de julio de 2007 o 1° de enero de 2008 del 45% al 49.5%, igualmente, que se reconozca lo dejado de recibir por dicho concepto en forma actualizada.

1.1. HECHOS

Adujo que desde el 02 de marzo de 1996, se reconoció al actor asignación de retiro.

Por otro lado indicó, que debido a la expedición de los decretos 2863 de 2007 y 673 de 2008, que empezaron a regir el 1° de julio de 2007 y 1° de enero de 2008, se reajustó la prima de actividad al 49.5% como partida computable de asignación de retiro, sin tener en cuenta el tiempo de servicio, razón por la cual la entidad accionada reajusto la prestación del 30% al 45%.

Precisó que las disposiciones señaladas, ordenaron el reajuste de la prima de actividad en un 50% del 33%=16.5%, es decir, 33%+16.5%=49.5%, no obstante, la entidad reajustó el 50% del 30% (30%+50%=15%), lo que significa (30% +15%=45%), existiendo un faltante a favor del demandante del 4.5%.

Que a partir del 1° de julio de 2007 y 1° de enero de 2008, a través de los decretos 2863 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 0842 de 2012, 1017 de 2013, 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016, para efectos de asignación de retiro en forma cíclica a futuro de manera ininterrumpida se reconoce la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro en el 49.5% para los oficiales retirados antes del 1° de julio del año 2007, sin exigir tiempo de servicio.

En tal razón, el actor peticionó a la entidad el reajuste de dicha prima del 45% al 49.5% a partir del 1° de julio de 2007 y 1° de enero de 2008 y siguientes por el 4.5% faltante, sin embargo la entidad negó lo pedido.

1.2. PRETENSIONES

La parte actora dirige el petitum, en torno a lo que seguidamente se menciona:

- Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios No 15157 y 519/GAG-SDP de 14 de diciembre de 2006 y 01 de febrero de 2012, mediante los cuales se negó el reajuste de la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro.

- A título de restablecimiento del derecho, se ordene reliquidar y pagar la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro a partir del 1° de julio de 2007 o 1° de enero de 2008 del 45% al 49.5% (4.5% faltante).

- Que se pague lo dejado de percibir por concepto de no reajustar la prima de actividad, a partir del 1° de julio de 2007 o 1° de enero de 2008, incluyendo en nómina el 4.5% respectivamente.

- Que se pague en forma actualizada las sumas adeudadas, conforme a la variación del IPC certificado por el DANE, con fundamento en los artículos 187, 188, 189, 192 y 195 del CPACA.

- Finalmente solicitó que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad accionada.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En lo que respecta a normas conculcadas y concepto de violación se invocó: ley 2ª de 1945, 797 de 2003, 923 de 2004 y decretos 1212 de 1990, 2070 de 2003, 4433 de 2004, 1515 de 2007 y 2863 de 2007, artículo 151, 42 y 4°; decretos 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 0842 de 2012, 1017 de 2013, 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016.

Artículos 103, 104, 154, 155, 156, 161, 164, 167, 187 y 195 del CPACA.
Y de orden constitucional 2, 6, 13, 25, 48, 53, 90, 216, 119 229.

2. LA CONTESTACIÓN

La entidad accionada guardo silencio.

3. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, puso término a la primera instancia mediante Sentencia proferida en audiencia inicial de fecha nueve (09) de marzo de 2017 (Folios 110-116), decidiendo acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En tal sentido y conforme a los pronunciamientos de esta corporación, Sala de decisión No 1, concluyó que en todos los casos, en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión, los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la policía nacional, con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste el mismo porcentaje en que se haya realizado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del decreto 2863 de 2007, esto es, equivalente al 16.5%, porcentaje que resulta del 50% de la prima de actividad percibida en servicio activo según los decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990 que equivale al 33%.

Frente al caso concreto, advirtió que el último cargo desempeñado por el actor dentro de la Policía Nacional fue el de suboficial, obteniendo el reconocimiento de su asignación de retiro a partir del 02 de marzo de 1996, con un tiempo total de servicio de 26 años, 3 meses y 3 días y que conforme al decreto 1212 de 1990, se generó en aquel momento el 30% sobre su asignación básica de prima de actividad, y que con fundamento en el decreto 2863 de 2007, la entidad demanda reajustó el 50% de dicha erogación, es decir en un 15%, consolidándose así la totalidad de aquella partida en un 45%.

Que lo anterior, vislumbra una indebida interpretación del decreto 2863 de 2007, pues la entidad aplicó al demandante el inciso 2° del artículo 2°, cuando expresamente aquel estableció que quedaba excluida la asignación de retiro sin que hubiese sido posible reajustar la prima de actividad atendiendo al

tiempo de servicio, sino que en atención al principio de oscilación, en el mismo porcentaje que se haya ajustado el del activo correspondiente.

Que así las cosas, el incremento debía corresponder al 50% del 33% percibido por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, esto es, en un 16.5% adicional al 30% de la prima de actividad que ya tenía incluida en su asignación de retiro, correspondiendo en consecuencia al 46.5% de la misma.

Que debido a que desde el 1º de julio de 2007 al actor se le había reajustado la prima de actividad en un 45%, lo correcto era en un 46.5%, en consecuencia, se tiene que existe una diferencia del 1.5%, entre lo reconocido y lo que legalmente le correspondía.

Frente a la prescripción, y en aplicación del decreto 1212 de 1990, adujo que como el reajuste de la asignación de retiro del demandante, ordenado por el decreto 2863 de 2007, comenzó a ser exigible desde el 1º de julio del mismo año, la petición de modificación, que interrumpió la prescripción por un lapso igual, se presentó el 07 de septiembre de 2011, teniendo que el límite máximo para mantener dicha interrupción seria hasta el 06 de septiembre de 2015.

No obstante y como quiera que la demanda se presentó el 25 de febrero de 2016, cuando el término cuatrienal ya estaba superado desde la presentación de la reclamación, dispuso, que habían prescrito las sumas causadas con anterioridad a dicha fecha.

En tal virtud dispuso declarar probada la excepción de prescripción, así como la nulidad del oficio No 519/ GAG-SDP de 1 de febrero de 2012, en relación al actor y en consecuencia, el reajuste de la asignación de retiro, incrementado la prima de actividad a un 46.5% del sueldo básico y el pago de la diferencia resultante por dicho concepto, entre el porcentaje antes señalado y el reconocido y pagado, a partir del 25 de febrero de 2016.

4. RECURSO DE APELACIÓN

En la oportunidad procesal dispuesta al efecto, esto es en el trámite de la audiencia inicial, la parte demandante interpuso recurso de apelación (Folios 115 vuelto) solicitando se modifique el artículo 3º de la decisión, por cuanto el reconocimiento realizado fue del 46.5%, cuando lo que corresponde es del 49.5%.

Lo anterior, por no haberse aplicado el principio de oscilación, pues únicamente se procedió a aplicar el artículo 2º del decreto 2863 de 2007, el que debe emplearse en las partidas computables, por lo que debe reajustarse la prima de actividad, como partida computable para asignación de retiro del 45% al 49.5% en cumplimiento al artículo 2º y 4º del decreto 2863, conforme al precedente jurisprudencial que indicó la forma como se aplica el principio

de oscilación, igual aumento del salario del activo al retirado, incluidas las partidas computables.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

En el término para alegar de conclusión, tanto la parte actora como la entidad accionada guardaron silencio.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En razón al recurso de alzada interpuesto por la parte actora contra la decisión de primera instancia, corresponde a esta Sala establecer si, ¿el señor Julio Justo Albarracín Pérez, en su calidad de suboficial retirado de la Policía Nacional, tiene derecho al incremento de la partida de la prima de actividad, en los términos del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, es decir, en el mismo porcentaje que se le reconoció al personal activo de la Policía Nacional, en atención al principio de oscilación?

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en la impugnación, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por el a quo

Adujo que el incremento de la prima de actividad en la asignación de retiro debía corresponder al 50% del 33% percibido por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, esto es, en un 16.5% adicional al 30% de la prima de actividad que ya tenía incluida en su asignación de retiro, correspondiendo en consecuencia al 46.5% de la misma.

Que debido a que desde el 1º de julio de 2007 al actor se le había reajustado la prima de actividad en un 45%, siendo lo correcto en un 46.5%, existe una diferencia del 1.5%, entre lo reconocido y lo que legalmente le correspondía.

Frente a la prescripción, adujo que como el reajuste de la asignación de retiro del demandante, ordenado por el decreto 2863 de 2007, comenzó a ser exigible desde el 1º de julio del mismo año, la petición de modificación, que interrumpió la prescripción por un lapso igual, se presentó el 07 de septiembre de 2011, teniendo que el límite máximo para mantener dicha interrupción seria

hasta el 06 de septiembre de 2015 y como quiera que la demanda se presentó el 25 de febrero de 2016, cuando el término cuatrienal ya estaba superado desde la presentación de la reclamación, las sumas causadas con anterioridad a dicha fecha estaban prescritas.

b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante

Indicó que en presente caso no se empleó el principio de oscilación, el que debe aplicarse en las partidas computables, por lo que debe reajustarse la prima de actividad, como partida computable para asignación de retiro del 45% al 49.5% en cumplimiento al artículo 2º y 4º del decreto 2863, conforme al precedente jurisprudencial que indicó la forma como se aplica el principio de oscilación, igual aumento del salario del activo al retirado, incluidas las partidas computables.

c) Tesis argumentativa de la Sala

Esta Sala confirmará la decisión a la cual llegó el a quo, pues conforme a lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, cuando se hace referencia al incremento de la prima de actividad para la asignación de retiro, en un porcentaje del 50%, no es frente al porcentaje que ya viene siendo reconocido, **sino sobre el 50% del porcentaje que percibe el personal activo, es decir, del 33%, de cuya operación aritmética resulta el 16.5%.**

Razón por la cual, **en aplicación al principio de oscilación**, la Sala determina que el actor tiene derecho a que su asignación de retiro sea reajustada tomando como base porcentual de la prima de actividad en el mismo porcentaje que el personal activo, esto es, el 16.5% que sumado al 30%, que venía devengando, corresponde al 46.5% por concepto de dicha partida.

No obstante y como quiera que la entidad accionada ya había procedido con el reajuste de dicho factor, en 45.0%, se encuentra que existe una diferencia del 1.5% entre lo reconocido y lo que legalmente le corresponde.

En consecuencia, se debe declarar la nulidad del acto acusado, como en efecto lo ordenó la juez de instancia, ordenando a título de restablecimiento del derecho que se reconozca y pague la diferencia que surgió entre lo que debió ser liquidado y lo que en efecto se le pago al demandante.

Para desatar el problema jurídico planteado, procederá la Sala a analizar el marco normativo y jurisprudencial de la prima de actividad, así como el principio de favorabilidad.

1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, es imperioso traer al plenario, la base legal y jurisprudencial que regula el tema.

El Consejo de Estado ha explicado que, desde su creación, la prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente, se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo[1].

El Decreto No. 613 de 1977, creó la prima de actividad a favor de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, equivalente al 33% del respectivo sueldo básico. A pesar de los cambios normativos en lo atinente al régimen salarial y prestacional de este grupo de servidores públicos, esta prima continuó reconociéndose en el mismo porcentaje para los miembros activos de la institución a través de los Decretos Nos. 2062 de 1984, 0096 de 1989 y 1212 de 1990.

En un principio, el artículo 113 del referido Decreto No. 613 de 1977, consagró la prima de actividad como partida computable para la asignación de retiro en un 15% del sueldo básico; no obstante, el artículo 142 del Decreto No. 2062 de 1984 enlazó el porcentaje a reconocer de forma proporcional con el tiempo servido por el Oficial o Suboficial, lo cual se mantuvo con el artículo 141 del Decreto No. 1212 de 1990.

Expresamente indicó la norma:

> *"**ARTICULO 141. Cómputo prima de actividad.** A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto,*
>
> *para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:*
>
> *a. Para Oficiales y Suboficiales con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.*
>
> *b. Para Oficiales y Suboficiales con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.*
>
> *c. Para Oficiales y Suboficiales con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.*
>
> *d. Para Oficiales y Suboficiales con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%) del sueldo básico.*

---

[1] *CONSEJO DE ESTADO.* SALA *DE* LO *CONTENCIOSO* ADMINISTRATIVO. *SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B".* C.P. *Dr.* VÍCTOR *HERNANDO ALVARADO ARDILA.* 16 *de abril de* 2009. *Rad.* No. 25000-23-25-000-2002-10194-01(2137-07).

e. Para Oficiales y Suboficiales con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico.

Más adelante, en virtud de la expedición de la Ley 923 de 2004, fue expedido el Decreto No. 4433 del mismo año, cuyo artículo 23 mantuvo la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, sin establecer un porcentaje específico para su liquidación. En todo caso, ambas normas establecieron expresamente la obligación de respetar los derechos adquiridos por parte de los miembros de la Fuerza Pública.

Cabe resaltar que mediante las sentencias del 28 de febrero de 2013[2] y 23 de octubre de 2014[3], el Consejo de Estado anuló el artículo 24 del Decreto No. 4433 de 2004 y los numerales 10 a 30 del mismo, respectivamente, que especificaban la forma de liquidar la asignación de retiro del personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que estuvieran en actividad al momento de su entrada en vigencia, de lo cual se infiere que para los primeros permanece vigente en este aspecto el Decreto No. 1212 de 1990.

Ahora bien, mediante el artículo 2° del Decreto No. 2863 de 2007, se incrementó en un 50% el porcentaje de la prima de actividad a favor de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, a partir del 1° de julio de 2007, señalándose en el inciso 2° de la disposición que, para prestaciones diferentes a la asignación de retiro o pensión, el mismo porcentaje se aplicaría teniendo en cuenta el tiempo de servicios del funcionario.

En razón a las interpretaciones suscitadas acerca del aludido artículo 2° del Decreto No. 2863 de 2007, esta Corporación[4] consistentemente ha establecido que el incremento del 50% no debe aplicarse sobre el monto en que hubiera sido reconocido dicho factor como partida computable para la asignación de retiro en cada caso concreto, sino teniendo como referencia el porcentaje percibido por ese concepto por los Oficiales y Suboficiales en actividad.

Lo anterior, **en virtud del principio de oscilación** consagrado en los artículos 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto No. 4433 del mismo año, que implica que las asignaciones de retiro se incrementen en el mismo porcentaje en que se aumentan las asignaciones en actividad para cada grado.

---

[2] Consejo de Estado, 28 Feb. 2013, radicado No 1001-03-25-000-2007-00061-00(1238-07), B. Ramírez.

[3] Consejo de Estado, 23 Oct. 2014, radicado No 11001-03-25-000-2007-00077-01(1551-07), B. Ramírez.

[4] Radicado No 150013333-005-2013-00139-01, MP. Dr. Fabio Iván Afanador, 9 de marzo de 2015; radicado 150013333-002-2014-00097-01, MP. Dr. Luis Ernesto Arciniegas, 23 de mayo de 2016 y radicado No 150013333-008-2014-00082-01, MP. Dra. Clara Elisa Cifuentes.

Es de reiterar, que la finalidad del principio de oscilación de acuerdo con las normas citadas, **es actualizar las asignaciones de retiro o mesadas pensionales aplicando de forma especial un reajuste que equipare o nivele su situación pensional respecto a los aumentos de los cuales se benefician los miembros activos de la Fuerza Pública**.

Al respecto, el Consejo de Estado[5] en relación con el principio de oscilación y su aplicación en las asignaciones de retiro y pensiones del personal de la Fuerza Pública, ha precisado:

> *"(...) Por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares,* ***dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales*** *(...)"*

Así pues, en todos los casos el mencionado incremento equivale a un 16.5% adicional sobre el porcentaje percibido por prima de actividad en la asignación de retiro, en razón a que, como se indicó en precedencia, este concepto corresponde al 33% del sueldo básico devengado por los Oficiales y Suboficiales en actividad, según lo estatuye el artículo 68 del Decreto No. 1212 de 1990, independientemente del tiempo servido por el ex miembro de la Fuerza Pública.

6. Principio de favorabilidad.

El principio de favorabilidad en materia laboral previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de aplicar o interpretar las normas que regulan prerrogativas en favor de sus destinatarios o trabajadores de la manera más favorable.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C 168 de 1995, precisó que se le brinda una condición más beneficiosa al trabajador cuando de la aplicación o interpretación de las normas que reglamentan su aspecto prestacional se le garantiza el principio de favorabilidad. Exponiendo:

> *"(...) De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la*

[5] Sala de lo Contencioso administrativo; Sentencia del 27 de abril de 2006; M.P: Ana Margarita Olaya.

aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.

La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador (...)". *(Negrilla fuera del texto)*

En consecuencia, en virtud del principio de favorabilidad y en aras de garantizar los intereses del trabajador, corresponde interpretarse que el porcentaje de la prima de actividad para el personal retirado no resulta equivalente lo previsto en el inciso segundo del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, con el artículo 4° del mismo decreto.

7. DE LO PROBADO

Dentro del caudal probatorio, se observan las siguientes pruebas que constituyen piezas importantes en la resolución del asunto:

- A través del oficio No 519/GAG-SDP de 01 de febrero de 2012, el director general de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, informó acerca de la forma en que se reliquidó la prima de actividad del actor en cumplimiento del decreto 2863 de 2007, concluyendo que la entidad no adeuda valor alguno por dicho concepto, folio 4-6.

- El 07 de septiembre de 2011, el actor solicitó a la entidad accionada el reajuste de la prima de actividad del 45% al 49.5% y la asignación de retiro del 85% al 89%, folio 9-10.

- El 18 de enero de 1996, el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reconoció y ordenó el pago de una asignación mensual de retiro a favor del actor, efectiva a partir del 02 de marzo de 1996, folio 11-12.

- A folio 13, se encuentra hoja de servicios No 19206616 de 19 de diciembre de 1995, correspondiente al señor Julio Gustavo Albarracín Pérez, de donde se advierte que prestó sus servicios en la entidad por 26 años, 3 meses y 3 días, percibiendo como partidas computables, además del sueldo básico, prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio de alimentación, prima de actualización, prima de navidad y mención honorifica-

7. CASO CONCRETO

Según lo expuesto en el acápite fáctico y de acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, se puede colegir de la Hoja de Servicios[6], que el señor Julio Gustavo Albarracín Pérez, se retiró del servicio activo de la Policía Nacional, el 02 de diciembre de 1995, es decir, con 26 años, 3 meses y 3 días al servicio de la institución.

Que mediante Resolución No. 0150 del 18 de enero de 1996[7], la Caja de sueldos de retiro de la Policía Nacional, le reconoció asignación de retiro en cuantía del 85% del sueldo de actividad correspondiente a su grado, cuyos valores se liquidaron de acuerdo al sueldo básico, con el cómputo de las siguientes partidas y respectivos porcentajes:

Sueldo básico	
Prima de actividad	33%
Prima de antigüedad	25%
Subsidio de alimentación	
Mención honorifica	3%
Prima de actualización	5.00%

Al respecto es del caso precisar, que si bien es cierto, conforme a la hoja de servicios se estableció que por partida computable de la prima de actividad se reconocía el 33%, de acuerdo a los actos acusados, ha de tenerse, que por concepto de la partida de prima de actividad, al actor corresponde un porcentaje del 30%, pues laboró al servicio de la entidad 26 años, 3 meses y 3 días.

En virtud del aumento de la prima de actividad dispuesto por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2863 de 2007, el demandante solicitó[8] el 7 de septiembre de 2011, ante CASUR, el reajuste de dicho factor del 45% al 49.5% por concepto de la variación del cómputo de dicha partida, a partir del 1° de julio de 2007. De igual modo peticionó el reajuste de la asignación de retiro del 85 al 89%, en aplicación a los decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004.

Es así, que la entidad accionada con Oficio No. **519/GAG – SDP** de fecha 1 de febrero de 2012[9], resolvió de manera negativa la petición, indicando que en cumplimiento al decreto 2863 de 27 de julio de 2007, la entidad, había reliquidado la prima de actividad, y que para el caso del aquí demandante, pasó del 30% al 45%, teniendo en cuenta lo devengado en la fecha de retiro y aplicando el 50% adicional de acuerdo a la siguiente tabla:

---

[6] Folio 13.
[7] Folio 11-12
[8] Folio 9-10.
[9] Folio 4-5.

Rangos por años de servicio	Porcentaje liquidado	Incremento decreto 2863/07		Reajuste desde el 01-01-07
		%	Puntos	
Entre 15 a 19 años	20%	50%	10.0%	30.0%
Entre 20 hasta 24 años	25%	50%	12.5%	37.5%
Entre 25 a 29 años	**30%**	**50%**	**15.0%**	**45.0%**
Con 30 o más años	33%	50%	16.5%	49.5%

Igualmente precisó que, conforme al decreto 2863 de 2007, el reajuste del porcentaje era retroactivo desde el 01 de julio de 2007, y que los valores habían sido cancelados en la nómina del mes de agosto del mismo año.

A juicio de la Sala, la entidad demandada aplicó erróneamente la disposición citada, puesto que de conformidad con el espíritu de la norma, cuando se hace referencia al incremento de la prima de actividad para la asignación de retiro, en un porcentaje del 50%, no es frente al porcentaje que ya viene siendo reconocido, **sino sobre el 50% del porcentaje que percibe el personal activo**, **es decir, del 33% de cuya operación aritmética resulta el 16.5%,** máxime si dicho precepto no condicionó su aplicación porcentual al tiempo de servicio prestado por el interesado y además en su artículo 4°[10] contempló la efectivización del principio de oscilación.

Es así, que al remitirnos al presente caso, se encuentra que el porcentaje que debió habérsele reconocido al demandante con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007 es el **30%** del porcentaje establecido por prima de actividad una vez le fue reconocida su asignación de retiro, más el **16.5%** equivalente al 50% del porcentaje correspondiente a la prima de actividad reconocida al personal activo que ostenta el mismo grado del suboficial retirado, es decir el 33% conforme lo establecido en el artículo 68 del Decreto 1212 de 1990, lo que en suma daría un total de **46.5%.**

No obstante se advierte, que al demandante se le aumentó a partir del 1° de julio de 2007, la prima de actividad en un 15%, cancelándosele en total por dicha partida el 45%, situación de la cual se concluye la ilegalidad del acto acusado, y por ende, es procedente declarar su nulidad, ordenando a título de restablecimiento del derecho que la entidad accionada reconozca y pague la diferencia que surgió entre lo que debió ser liquidado y lo que en efecto se le pago al demandante.

8. Prescripción

Esta Sala observa que en el presente asunto, no obstante haber elevado la reclamación administrativa en el mes de **septiembre de 2011**, la prescripción para reclamar mesadas atrasadas no fue interrumpida con la presentación de

[10] Decreto 2863 de 2007

la demanda, ocurrida el **25 de febrero de 2016**[11], ya que, por ocurrencia de tal fenómeno cuatrienal establecido en el artículo 155 del Decreto 1212 de 1990, que dispone tal prerrogativa por una sola vez y lapso igual, no aplica para esta ocasión en atención a que la reclamación en sede jurisdiccional superó el plazo legal concedido.

Es decir, la petición elevada el **07 de septiembre de 2011**, hubiera tenido la virtud de interrumpir la prescripción, si la demanda hubiere sido presentada dentro de los cuatro años siguientes, ya que a partir de tal fecha comenzó a correr un nuevo término de prescripción, que se causó inexorablemente el **07 de septiembre de 2015**, por lo que la demanda presentada el **25 de febrero de 2016** no tuvo la virtud de renovar el derecho del demandante que, por fuerza de la inactividad en su ejercicio, provocó su extinción de manera definitiva, en razón a la perentoriedad normativa en cuanto a que el término de prescripción puede ser interrumpido por **una sola vez** y durante el mismo plazo inicial.

En estos términos, se confirmará la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional pagar las diferencias que resulten del reajuste de la prima de actividad a partir del **25 de febrero del 2016**.

9. Costas

En el asunto sub examine no hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho por el hecho de no haber prosperado los argumentos de la apelación, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado[12], éstas deben estar acreditadas, y una vez revisado el cuaderno en segunda instancia, da cuenta la Sala, que no aparece probada su causación.

Al respecto, no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, "*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*", condición que como ya se dijo, no se cumple en este caso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

[11] Folio 26
[12]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01. Actor: C.I. CITITEX DE COLOMBIA S.A. HOY CITITEX UAP S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia inicial de fecha nueve (09) de marzo de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, por no estar probada su causación.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 24 ENE 2018

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante: **Rosabeth Sanabria Tiusaba**
Demandado: **Administradora Colombiana de Pensiones**
Expediente : **15001-3333-001-2016-00077-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 28 de marzo de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad parcial de las resoluciones GNR 350067 de 6 de noviembre de 2015, por medio de la cual se le negó la reliquidación de su pensión, y VPB 7997 de 17 de febrero de 2016, la cual resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior, confirmándola en todas sus partes.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se reliquide su pensión teniendo en cuenta el régimen pensional establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, esto es, el 75% del promedio del salario devengado durante el último año de servicio, incluyendo todos los factores que de manera habitual y periódica recibió durante toda su vida laboral, y que se le pague el reajuste de las mesadas respectivas desde la fecha en que se hizo exigible el derecho a la pensión de vejez hasta la fecha en que se realice el pago.

Así mismo, pidió que las cantidades líquidas sean indexadas, reajustadas en su poder adquisitivo, por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2011 y el día en que se efectúe el pago real de la obligación, conforme el índice de precios al consumidor, como lo determina el artículo 187 del C.A.P.A.C.A.; el pago de intereses moratorios que genere el cumplimiento tardío de la sentencia; y que se determine una fecha cierta en la que la demandada se comprometa a expedir la resolución de reliquidación.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Manifestó que la entidad demandada desconoció derechos adquiridos, conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual le imponía la obligación de liquidar su prestación bajo los lineamientos de la ley que venía rigiendo en materia pensional, en cuanto a edad, tiempo y monto de pensión, vulnerando el debido proceso administrativo y el principio de favorabilidad, en tanto se debió haber efectuado la liquidación con todos los factores salariales que percibió de manera habitual durante su último año de servicio y no con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años. Al respecto, señaló que el criterio del Consejo de Estado es de aplicación preferente, más si se tiene en cuenta que el tema de la liquidación de las pensiones de los servidores públicos es de naturaleza contenciosa administrativa y que ese es el órgano de cierre de la jurisdicción.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 14 de julio de 2016, en el que además se ordenó notificar a la entidad accionada, al agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 57-58).

1. Contestación de la demanda (fls. 75-89)

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones se opuso a la prosperidad de cada una de las pretensiones de la demanda, manifestando que en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública y que el monto de la pensión se calcula a partir del salario base y las semanas cotizadas.

Señaló que jurisprudencialmente se encuentra establecido que el régimen de transición mantiene los derechos de los afiliados antes de la Ley 100 de 1993, únicamente respecto de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, mientras que la determinación del IBL no fue objeto del régimen de transición, ello por virtud del principio de equilibrio del sistema y demás principios generales de la seguridad social establecidos en el artículo 48 de la Constitución Política.

Finalmente, propuso como excepción previa la falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario, y, como excepciones de mérito, las de inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de indexación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación o deducción de pagos realizados.

2. Audiencia inicial

Mediante proveído de 16 de febrero de 2017 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del C.P.A.C.A. (fl. 103).

Evacuadas las etapas previstas en la audiencia inicial (fls. 108-114 vto.), el *a quo,* previo a proferir decisión de fondo, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión:

Parte demandante

Reiteró los argumentos de la demanda.

Parte demandada

Se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Agregó que no obstante los jueces deben adoptar las sentencias de unificación del órgano de cierre de su respectiva jurisdicción, se deben aplicar de manera obligatoria por las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, tal como lo precisó el Consejo de Estado en providencia del 25 de febrero de 2016.

El Ministerio Público

Señaló que conforme el marco normativo y jurisprudencial, en especial el pronunciamiento realizado por el Consejo de Estado el 9 de febrero de 2017, se debe reliquidar la pensión de la demandante con todos los factores salariales, con prescripción de las mesadas anteriores al 19 de agosto de 2012.

IV. FALLO RECURRIDO

Mediante fallo proferido el 28 de marzo de 2017, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja accedió a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Indicó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, porlo que la cobija la Ley 33 de 1985, concordante con el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año, en todo lo relacionado con tiempo de servicio, monto, factores y forma de liquidar la pensión.

Advirtió que si bien los actos demandados no son claros al establecer los factores salariales que fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional, en la contestación de la demanda se aceptó que los mismos no fueron incluidos en su totalidad. De modo que, en aplicación del criterio unificado del Consejo de Estado, además de los señalados en la Ley 62 de 1985, han de tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario, debiéndose declarar la nulidad parcial de los actos que negaron la reliquidación pensional a la demandante.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La entidad demandada apeló la decisión de primera instancia (fls. 116-120), señalando que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 reguló lo atinente al régimen de transición, estableciendo como condiciones a mantener del régimen anterior la edad, el tiempo de servicio y el monto de la prestación, determinando que las demás condiciones se rigen por lo preceptuado en la Ley 100. En tal sentido, indicó que es legal y constitucionalmente válido que la norma aplicable por remisión del régimen de transición no se aplique en su integridad, en tanto que por ponderación de principios, el de inescindibilidad de la norma debe ceder ante los de igualdad y sostenibilidad del sistema pensional.

Por otra parte, indicó que la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, ratificada en sentencia SU-230 de 2015, resulta de obligatorio cumplimiento para los jueces, dado el control abstracto de constitucionalidad realizado por esa Corporación, creador de

doctrina constitucional, y teniendo en cuenta el pronunciamiento realizado por la Corte en torno al artículo 10 del C.P.A.C.A., según el cual, si bien los jueces de lo contencioso administrativo, en tanto precedente vertical, deben aplicar las sentencias de unificación del Consejo de Estado, de manera preferente deben aplicar las sentencias de la Corte Constitucional, principalmente aquellas que realizan el estudio de constitucionalidad de las normas y la interpretación derivada de ello.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4° del artículo 192 del C.P.A.C.A., el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación (fl. 134), el cual fue admitido en providencia de 21 de julio de 2017 (fl. 140).

A través de proveído de 8 de septiembre de 2017, se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo el traslado para alegar de conclusión, tal y como lo autoriza el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A. (fl. 144), sin que las partes se pronunciaran.

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Debe este Tribunal determinar si procede liquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, a quienes como la demandante se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

2. - Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que la demandante se encuentra cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que, por lo mismo, se le deben aplicar los requisitos establecidos en la ley anterior para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, si los dispuestos en la citada disposición, como lo afirma la parte demandada, o al contrario, los establecidos en la norma anterior, como lo expuso la apoderada de la actora.

La Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, señala:

> "Artículo 3: Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."
>
> "Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."
>
> "En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"

De conformidad con lo anterior, a la demandante le es aplicable la citada ley, toda vez que en virtud del principio de inescindibilidad no se puede para una misma situación fáctica aplicar varias disposiciones normativas.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado:

> "(...) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales"[1]

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección "A" Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 26 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-08992-01(2559-07).

Entonces, para establecer cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en el caso de la demandante, no se puede desconocer lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, la cual estableció la sub-regla que debe observarse para resolver asuntos como el que actualmente se examina, con el propósito de garantizar principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral. Actuando en consonancia con la precitada decisión, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, además que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Así las cosas, no obstante ser aplicables a la accionante para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación las normas establecidas en la precitada ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto, que debe atenderse el criterio de unificación en mención, en el que se consideró que la pensión debe liquidarse con base de todos los factores salariales devengados en el último año, luego, para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación periódica, ha de atenderse este criterio en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

Bajo este criterio, estima la jurisprudencia de la cual se viene hablando que, acorde con lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley 1045 de 1978, los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar el monto pensional eran superiores a los enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985,

disposiciones que por demás no contienen una lista taxativa de los factores salariales que han de servir de base para establecer el salario plante de liquidación, sino meramente enunciativa, lo que permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador en el último año de servicio, criterio que hace reconocimiento también al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que impone tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral por parte del trabajador.

No sobra advertir que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha ratificado la tesis expuesta, v. gr la sentencia de 26 de agosto de 2010, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159- 01, asimismo, la sentencia del mismo ponente de 3 de febrero de 2011, expedida por la Subsección B, radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Entonces, atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, como en el caso de la accionante, se tendrán en cuenta los factores devengados en el último año de servicio, y no solo aquellos sobre los cuales la accionada liquidó.

En tal sentido, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, que conforme a las certificaciones salariales se encuentren acreditados.

Así las cosas, establecido como quedó líneas atrás que los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la accionante son las Leyes 33 y 62 de 1985, es claro que tiene derecho a que se le incluyan en la liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el último año de prestación del

servicio, esto es, entre el 1 de septiembre de 2010 y el 31 de agosto de 2011 (fl. 44).

De conformidad con la certificación expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fls. 44-45), la peticionaria percibió los siguientes factores salariales en el último año de servicio: asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación primer semestre, bonificación segundo semestre, prima de vacaciones y bonificación de recreación. No obstante, la entidad demandada sólo tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la accionante los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, de los cuales la actora devengó asignación básica y la bonificación por servicios prestados, luego, significa que excluyó las bonificaciones de primer y segundo semestre, la prima de vacaciones y la bonificación de recreación (fl. 45).

Ahora bien, con respecto a las bonificaciones de primer y segundo semestre, es necesario precisar que, mediante Acuerdo 109 de 1970, la Junta Directiva del ICBF aprobó el presupuesto de ingresos y egresos para la vigencia de 1971; así mismo, mediante el Acuerdo 0026 de 1971, adoptó una planta de personal, con la clasificación de los cargos y la escala de remuneración, acto que fue aclarado posteriormente por el Acuerdo 0096 de 1972, en el sentido de señalar que, además del sueldo mensual, quienes desempeñaran los cargos allí mencionados tendrían derecho a una bonificación semestral en los meses de junio y diciembre de cada año, la cual ya había sido contemplada en el Acuerdo 109 de 1970, equivalente a un sueldo completo en esos meses proporcional al tiempo servido, bonificaciones que excluirían la prima de navidad.

Al respecto, el Concepto 183 de 2014, proferido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, precisó:

> "En un principio y hasta 1978, era claro que las bonificaciones semestrales equivalentes a dos asignaciones al año eran superiores a lo que eventualmente percibirían por la prima

de navidad, pero con la expedición del decreto 1042 de 1978, la bonificación de junio pasó a compensar la prima de servicios, debiéndose entonces verificar si lo recibido por la bonificación semestral del mes de diciembre es igual o superior a lo que un funcionario percibiría por prima de navidad, teniendo en cuenta los factores señalados en el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978 para su liquidación.

De acuerdo a la información suministrada por parte de su Dirección mediante Memorando 2014-066862-0101 del 11 de Diciembre de 2014, la liquidación de la bonificación semestral de diciembre se realiza teniendo en cuenta los mismos factores contemplados en el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, es decir: la asignación básica mensual del cargo, los incrementos de remuneración, la prima técnica, los auxilios de alimentación y transporte, la bonificación semestral de junio (en lugar de la prima de servicios), la prima de vacaciones y la bonificación por servicios prestados. Igualmente constituye factor salarial para la liquidación de las cesantías.

En este orden de ideas, la Prima de Navidad en el ICBF fue compensada por la Bonificación Semestral del mes de diciembre, cumpliéndose cada uno de los requisitos señalados por la norma y recogidos por la jurisprudencia, esto es, se trata de una prestación de origen extralegal, a pesar de llamarse bonificación semestral se paga cada año los meses de diciembre, teniendo carácter anual; y su cuantía es igual a la que se recibiría por prima de navidad pues se liquida sobre los mismos factores salariales, concluyéndose que la entrega de la bonificación semestral de diciembre es incompatible con la entrega de la prima de navidad, razón por la cual solo se hace entrega de la primera.

Ahora bien, en cuanto a la Prima de Servicios, se puede excluir su pago solo cuando con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1042 de 1978 existiera una contraprestación similar cualesquiera sea su nombre.

La Bonificación Semestral de junio fue establecida en el Acuerdo 0096 del 14 de junio de 1972, por lo que se cumple con el requisito de existir con anterioridad. Así mismo, si bien a diferencia de lo que ocurre con la prima de navidad, la norma no señala que debe ser similar o superior en su valor, pero teniendo en cuenta que el régimen prestacional establece los mínimos, se entiende que así debe ser y como quiera que la prima equivale a quince días de salario y la bonificación a treinta días, cumpliría con este requisito también.

El punto a examinar con detenimiento para determinar si la referida bonificación compensa la prima de servicios, es que haya identidad entre ellas. Este tema ha sido tratado en varias ocasiones por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante el concepto bajo radicación 829 de fecha 8 de Julio de 1996, con ponencia del Magistrado Dr. Cesar Hoyos Salazar, al analizar un caso similar dispuso: "...el artículo 58 del decreto 1042 de 1978 instituyo una prima de servicio con las siguientes características: a) Se otorga a los empleados públicos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional, sin sujeción a la condición de que sean profesionales; b) Es anual; c) Es un factor de salario; d) Es equivalente a quince días de remuneración; e) Se liquida con base en los siguientes factores salariales, en su cuantía a treinta de junio de cada año; el sueldo básico, los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 del mismo decreto, los gastos de representación, los auxilios de alimentación y de transporte y la bonificación por servicios prestados (art. 59); f) Se paga en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

(...)

Frente a las características señaladas, resulta que prima de servicio establecida en el INPES se diferencia de la otorgada por el decreto 1042/78 en que aquella cubre, del

conjunto de empleados públicos del INPES, sólo a los profesionales y en que no comprende los mismos factores de remuneración para su liquidación. Pero estas diferencias no significan que sean dos primas diferentes. En esencia son idénticas, porque tienen carácter salarial y se otorgan una vez al año, al finalizar el primer semestre, a tal punto que el decreto 1042 de 1978 las equipara al determinar que, la por él establecida, no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación.

Por tanto, si el propósito del citado decreto fue crear una prima de servicio para homologar la prima que venía rigiendo bajo el nombre de "semestral" u otro, es evidente su idéntica naturaleza. En consecuencia, por ser la prima conocida con la denominación "semestral u otra" igual a la prima de servicio, los factores para liquidarla son los mismos.

Para determinar entonces la incompatibilidad entre la prima de servicios y la bonificación semestral de junio que vienen percibiendo los Servidores Públicos del ICBF por estar siendo compensada por ésta última, es necesario hacer un análisis similar al de la prima de Navidad.

De acuerdo a la información suministrada por su dirección, la bonificación semestral de junio se liquida con los mismos factores señalados en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978 para la prima de servicios, a saber: el sueldo básico fijado para el respectivo cargo; los incrementos salariales por antigüedad; los gastos de representación; los auxilios de alimentación y transporte; y la bonificación por servicios prestados. Además, es considerada factor salarial para la liquidación de las vacaciones, prima de vacaciones, bonificación semestral de diciembre y cesantías.

Igual como sucede con la bonificación semestral de diciembre, la bonificación semestral de junio pese a llamarse semestral, se paga una vez al año los primeros días de junio, es un factor salarial, se liquida igual a la prima de servicio y constituye un beneficio adicional para los funcionarios del ICBF pues equivale a un mes de salario y no a quince días, por lo que se evidencia que la bonificación de junio y la prima de servicio tienen la misma naturaleza y objetivos, siendo la misma prestación, pero teniendo en cuenta que constituye beneficios adicionales, excluye el pago de la prima de servicio.".

En consecuencia, se confirmará la decisión del a quo, en el sentido de incluir las bonificaciones de primer y segundo semestre en la base de liquidación pensional, como factores equivalentes a las primas de servicio y de navidad.

De otro lado, como lo señaló el *a quo*, la bonificación de recreación no será incluida en la base de liquidación, ya que por disposición legal la misma no constituye factor salarial.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

3. -Descuentos para aportes al sistema de seguridad social en pensiones

En éste aspecto, el Tribunal se permite rectificar la posición adoptada el 24 de agosto de 2015 por la Sala de decisión No. 1 dentro del proceso 1523833333002-2013-07101, M.P. Fabio Iván Afanador García, sentencia acompañada por el ponente en dicho asunto, en la que se sostuvo que el periodo de descuentos a realizarse en materia de aportes corresponde al año de consolidación del derecho.

El cambio de criterio, se debe a varias posturas asumidas por el Consejo de Estado en las que considera que se debe ordenar su descuento sobre el retroactivo de toda la vida laboral, con el fin de proteger el erario público y los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social.

En este punto, es pertinente destacar que las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social constituyen una obligación de carácter parafiscal, dado que son producto de la soberanía fiscal del Estado y gozan de una destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible, por lo que la acción para su cobro prescribe a los cinco años conforme al artículo 817 del Estatuto Tributario.

En suma, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones lo es durante toda la vida laboral, dicho mandato se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores.

Es de precisar que, a juicio del Tribunal, la sentencia es constitutiva de la obligación, en tanto antes de que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación, ni el Estado, ni el empleado estaban obligados a aportar por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985; en consecuencia, sólo cuando el demandante - pensionado pide la reliquidación pensional con todos los factores y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador.

4. –De las sentencias C-258 de 2013 y SU -230 de 2015

Sobre este punto, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la entidad accionada en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta para el efecto los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Para el caso debatido se dirá que la sentencia de constitucionalidad aplica únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, es decir, en concreto y para el caso allí debatido y no en abstracto y en relación a todos (erga omnes) respecto del IBL de las pensiones, conforme se expuso en la sentencia de unificación.

Estos aspectos son suficientes para justificar la inaplicación de la sentencia de unificación, por parte de éste Tribunal, aún más cuando esta Corporación debe acatar la línea jurisprudencial de su superior funcional - Consejo de Estado - (precedente vertical), que para el presente caso no es otro que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, tal y como lo ordenan los artículos 10 y 270 del C.P.A.C.A.

5. –Prescripción de las mesadas pensionales

Las mesadas pensionales, por tratarse una prestación de carácter periódico, pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados – art. 164 num 1° lit c) del C.P.A.C.A-, vale decir, no opera la caducidad de la acción; sin embargo, sí hay lugar a la prescripción del derecho a percibirlas. En lo pertinente, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

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

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

En consonancia con la norma transcrita, los derechos o prestaciones que no son reconocidos por la entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el sujeto afectado desde el momento a partir del cual se hacen exigibles.

Debe resaltarse que si bien esta Corporación al realizar el estudio de la configuración de cosa juzgada en asuntos de reliquidación pensional, determinó que la prescripción debía contarse desde la ejecutoria de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado que dio solución a ese conflicto, tal postura fue revaluada, unificando el Tribunal su jurisprudencia en el sentido de computar el término de la prescripción, para todos los efectos, en la forma dispuesta por la norma atrás referenciada.

En ese orden de ideas, se tiene:

- Que a la demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. 48910 de 26 de octubre de 2009, la cual fue ingresada en nómina con Resolución No. 38150 de 24 de octubre de 2011.
- Que mediante Resolución GNR. 209384 de 10 de junio de 2014 (CD. fl. 98) se reliquidó la pensión de vejez de la demandante, decisión que fue confirmada con Resolución VPB 47479 de 4 de junio de 2015, la cual resolvió un recurso de apelación (fls. 46-53).
- Que la actora, el 19 de agosto de 2015, solicitó la reliquidación de su pensión (fl. 19), petición que le fue negada por medio de la Resolución GNR 350067 de 6 de noviembre de 2015 (fls. 19-24), a su vez confirmada con Resolución VPB 7997 de 17 de febrero de 2016, la cual desató un recurso de apelación (fls. 26-29 vto.)
- Que se acudió en demanda ante la jurisdicción el 16 de junio de 2016 (fl. 55).

Conforme lo anterior, teniendo en cuenta que la solicitud de reliquidación fue presentada el 19 de agosto de 2015, se debe ordenar el pago de las diferencias de las mesadas pensionales causadas a partir del 19 de agosto de 2012, por prescripción trienal.

6. –De la Sentencia SU-427 de 2016:

De forma reciente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de 2016 en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:

> "...6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[2] de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.
>
> 6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[3].
>
> 6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario[4], lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...)."
>
> 6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para

---

[2] *En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."*

[3] *Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*

[4] ***Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.***

poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (…)."[5]

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión…" (Resaltado fuera de texto)

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[6], enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un abuso del derecho que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "…*Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.*"

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, según se extrae del certificado de servicios aportado (fl. 43), la siguiente fue la historia laboral de la demandante en los últimos 10 años de servicio, período que se justifica atender, en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional podría llegar a denotar abuso del derecho:

---

[5] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

[6] Ver entre otras, SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

Periodo	Cargo	Entidad
1 de septiembre de 2001 a 31 de agosto de 2011	Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Adicionalmente, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia fueron los que durante los últimos 10 años de su historia laboral devengó la actora, sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos. En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

7. -Costas y agencias en derecho

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la entidad demandada, en virtud de que no prosperó el recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas; igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $318.000.oo, que corresponden al 2% de la estimación de la cuantía indicada en la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, el 28 de marzo de 2017, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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

TERCERO. FIJAR como agencias en derecho, a cargo de COLPENSIONES, la suma de $318.000.oo.

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

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

Notifíquese y cúmplase

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

Ausente Con Permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	MARÍA EUGENIA BLANCO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
REFERENCIA:	150013333001-**2016-00149**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 14 de septiembre de 2017 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fls. 86-93 y CD fl. 99).

Para resolver se considera.

1. Oportunidad

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse ante el Juez que dictó la providencia por escrito, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada en los términos del artículo 202 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, en estrados el **14 de septiembre de 2017** (fl. 93), y el recurso fue presentado y sustentado por la apoderada de la parte accionada el **18 de septiembre del 2017** (fls. 100-106), por lo que se entiende oportuno, (los días 16 y 17 de septiembre de 2017, fueron inhábiles).

2. Procedencia

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé:

> *"Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia o por los Jueces administrativos:*
> *(...)".*

Por su parte, el art. 192 inciso 4 del CPACA, establece que:

> *"Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a*

audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en primera instancia y la sentencia recurrida accedió a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, era necesaria la audiencia de conciliación, al tenor de la preceptiva ya indicada.

En la audiencia mencionada, que se llevó a cabo el 14 de diciembre de 2017, por parte del Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, no existió acuerdo conciliatorio entre las partes, por lo que se declaró fallida y se concedió el recurso en la mencionada diligencia (fls. 124-126 y CD fl. 127), razón por la cual, es procedente la admisión del recurso.

Por lo expuesto, se

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 14 de septiembre de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** personalmente este auto al Ministerio Público delegado ante esta Corporación de conformidad con el numeral 3° del artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia, las partes podrán pedir pruebas, las cuales sólo se decretarán en los casos previstos en el inciso 4° del artículo 212 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 11 De Hoy [illegible] 2018
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Sala de Decisión No. 2

Tunja,

24 ENE 2018

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Cerinza**
Demandado : **Rigo Antonio Boada Castro**
Expediente : **15238-33-33-002-2013-00246-01**

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama que accedió a las pretensiones de la demanda impetrada por el municipio de Cerinza contra el señor Rigo Antonio Boada Castro.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de repetición, el municipio de Cerinza a través de apoderado judicial, pidió a esta jurisdicción declarar la responsabilidad administrativa del señor Rigo Antonio Boada Castro, por los perjuicios causados a dicha entidad, con ocasión de la condena de que fue objeto este ente territorial impuesta por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Santa Rosa de Viterbo en fallo del 28 de noviembre de 2011.

Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al señor Rigo Antonio Boada Castro, a pagar a favor del municipio de Cerinza la suma de $10.000.000, que corresponde al valor total de la condena que tuvo que sufragar dicha entidad territorial en favor del señor Manolo Alberto Eslava Manosalva.

Pide se declare que el señor Rigo Antonio Boada Castro obró bajo los alcances de la figura de culpa grave y/ dolo; que se condene en costas a la parte demandada.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que el señor Manolo Alberto Eslava Manosalva presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el municipio de Cerinza, proceso dentro del cual se profirió sentencia el 28 de noviembre de 2011 declarando la nulidad del acto ficto respecto del derecho de petición de fecha 19 de enero de 2005 y del Oficio calendado de 18 de mayo de la misma anualidad, que negó el reconocimiento y pago de la Bonificación de Dirección prevista en el Decreto 3574 de 2003, y ordenó el pago de dicho emolumento.

Que mediante acta de conciliación extrajudicial suscrita por las partes el 31 de diciembre de 2012, las partes acordaron conciliar por la suma de diez millones de pesos ($10´000.000), por concepto de pago e indexación de la bonificación de dirección prevista en el Decreto 3574 de 2003, como consecuencia de la sentencia emitida el 28 de noviembre de 2011; que el pago acordado se efectuó el 31 de diciembre de 2012.

Precisa que el Comité de Conciliación de la entidad demandante mediante Acta No. 010 de 2 de enero de 2013, decidió iniciar acción de repetición en contra del señor Rigo Antonio Boada Castro, quien actuó en calidad de ex alcalde para la época de la ocurrencia de los hechos, y que dieron lugar a la condena en la que se ordenó el pago de la bonificación de dirección a favor del señor Manolo Alberto Eslava Manosalva.

II. TRÁMITE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue presentada el 30 de agosto de 2013 ante el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, la cual fue admitida mediante auto de 12 de septiembre de 2013 (fls. 54 y 55).

Una vez fue notificada, la parte demandada presentó escrito de contestación tal como se deja ver a folios 63 a 77 del cuaderno 1, en los siguientes términos:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que las mismas carecen de fundamento fáctico, jurídico y probatorio, como quiera que no puede existir responsabilidad alguna del demandado respecto de la sentencia de 28 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, teniendo en cuenta que los derechos de petición fueron contestados en tiempo y debidamente justificados; que la respuesta a los derechos de petición se hizo en forma oportuna, con respuesta de fondo, sin evasivas, de manera completa, con argumentación, y conforme a derecho, indicando el por que la respuesta no le era favorable de acuerdo a lo pedido.

Propuso como excepciones las denominadas "inexistencia del título legalmente constituido, o de documento legal e idóneo para iniciar la acción", "existencia de nulidad procesal por violación al debido proceso y derecho a la defensa", "existencia de nulidad procesal por falta de requisito de procedibilidad", "excepción por ausencia de los presupuestos de la conducta por parte del demandado por dolo o culpa grave" y "excepción por cobro de lo no debido".

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Segunda Administrativa Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante sentencia proferida el 15 de marzo de 2016 accedió a las pretensiones de la demanda impetrada por el municipio de Cerinza contra el señor Rigo Antonio Boada Castro.

El problema jurídico planteado por el *a-quo* se encaminó a establecer si es responsable frente al Estado, el agente que con una conducta suya, causó un perjuicio a un ciudadano, daño que debió ser reparado por la entidad estatal de la que hacía parte, luego de ser condenada como consecuencia de la acción de nulidad y restablecimiento que incoó el perjudicado.

Manifestó ese despacho frente a la responsabilidad de los servidores públicos que el ejercicio de la función pública lleva implícito un alto grado de responsabilidad para quienes laboran al servicio del Estado, poniendo de presente que los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y que lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Señaló que los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones que la ley ha asignado a los servidores del Estado; que la acción de repetición tiene como propósito el reintegro de los dineros que, por los daños antijurídicos causados, como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o de un ex servidor público, e incluso de un particular investido de una función pública, hayan salido del patrimonio estatal para el reconocimiento de una indemnización impuesta por la Jurisdicción de los Contencioso Administrativo.

Precisó que en el caso bajo estudio se encuentran acreditados los presupuestos para la procedencia de la acción de repetición, teniendo en cuenta que el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Santa Rosa de Viterbo en providencia de 28 de noviembre de 2011, condenó al municipio de Cerinza a pagar al señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, la bonificación de dirección prevista en el Decreto 3574 de 2003, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados contenidos en el acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo, constituido respecto del derecho de petición radicado el 19 de enero de 2005, y el oficio sin numero recibido por el entonces demandante el 18 de mayo de la misma anualidad.

Sostiene que de lo probado en la sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que generó esta demanda, se determina que el mandatario local hoy accionado, incumplió los deberes que la ley le imponía, no solo al omitir cancelarle al ex alcalde municipal la bonificación de dirección prevista en el Decreto 3574 de 2003, sino al no dar respuesta a la petición elevada el 19 de enero de 2005, lo que claramente genera responsabilidad por culpa grave, la cual no

logró ser desvirtuada; que se encuentra acreditado el actuar negligente del señor Rigo Antonio Boada Castro que pugna en forma manifiesta con la diligencia y cuidado que un buen servidor público debe guardar en las actuaciones que le son confiadas.

Resolvió condenar al señor Rigo Antonio Boada Castro al pago de la suma de dinero que canceló el municipio de Cerinza, a título de restablecimiento del derecho, debidamente indexada, con base en el índice de precios al consumidor.

IV. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Por intermedio de su apoderado, la parte demandada interpone y sustenta el recurso de alzada con base en los siguientes argumentos:

Que de la lectura de la Ley 678 de 2001, se puede determinar que el actuar del señor Rigo Antonio Boada Castro no se encuadra dentro de ninguna causal allí determinada; que el demandado no podía actuar al margen de la ley en la medida que el señor Manolo Alberto Eslava, como ex alcalde del municipio de Cerinza, tenía el deber legal de haber establecido el rubro para el pago de la bonificación que alegó en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, situación que debió quedar establecida en el presupuesto anterior.

Precisa que la ley orgánica de presupuesto no le permitía al entonces alcalde incluir rubros que no habían quedado estipulados; que dicho argumento lo desestimó el a quo, ya que en ningún momento observó las normas de dicha reglamentación.

Sostiene que dentro de la condena que se ordenó pagar al señor Rigo Antonio Boada Castro, solamente se le puede exigir u obligar al pago de los detrimentos y perjuicios ocasionados con ocasión a la condena de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual en su parecer sería aproximadamente del 50%, argumentado que de todas formas el municipio de Cerinza voluntariamente mediante acto administrativo u obligado por una condena, debía cancelar lo ordenado como bonificación de dirección prevista en el Decreto 3574 de 2003.

Que no puede cobrársele al demandado los emolumentos que a cualquier título y forma eran deber de la administración municipal; que es como si se le trasladaran deberes salariales o prestacionales al particular desconociendo el deber del municipio, y que por lo tanto dichos dineros no pueden ser trasladados en términos de responsabilidad a la persona; que lo único que eventualmente se le puede reprochar al demandado son los intereses y la condena en costas.

Por último solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, y como consecuencia de ello, se absuelva al señor Rigo Antonio Boada Castro dentro del proceso de la referencia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Impugnado oportunamente el fallo de primera instancia y repartido a este despacho, mediante proveído de 27 de mayo de 2016 (fl. 296 c2), se resolvió admitir en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Así mismo, a través de auto de 5 de julio siguiente se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de ahí que se ordenó a las partes la presentación de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ese auto. Dentro de dicho término tanto la parte demandante como la parte demandada guardaron silencio, así como el Ministerio Público.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Planteamiento del problema jurídico a resolver

En concreto, corresponde a este Tribunal establecer si le asiste razón al recurrente que el señor Rigo Antonio Boada Castro, quien fungió como alcalde del municipio de Cerinza, no es responsable administrativamente, por cuanto no actuó con dolo ni culpa grave al negar el reconocimiento de la bonificación de dirección establecida en el Decreto 3574 de 2003 en favor del señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, teniendo en cuenta que la Ley Orgánica de Presupuesto no le permitía incluir rubros que no hubieran quedado estipulados con anterioridad, o si por el contrario hay lugar a confirmar el fallo proferido por el juez de primera instancia.

Con el fin de absolver este cuestionamiento, la Sala abordará previamente los siguientes tópicos: (i) De los presupuestos de la acción de repetición; ii) Del elemento subjetivo - la culpa grave y/o dolo, y (iii) del caso concreto.

3. De los presupuestos de la acción de repetición

La Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples ocasiones[1] ha explicado los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones en la acción de repetición. Ha señalado tres requisitos objetivos que se someten a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda y uno de carácter subjetivo sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión de un servidor o ex servidor público, por cuya causa el Estado fue condenado[2]. Tales requisitos serán examinados.

3.1 La calidad de agente del Estado

Se encuentra acreditado en el expediente que el señor Rigo Antonio Boada Castro, fue designado como alcalde del municipio de Cerinza, durante el periodo comprendido entre los años 2004 a 2007, es decir, se encontraba ejerciendo dicho

[1] Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras.
[2] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "C". Acción de Repetición. Sentencia de 24 de julio de 2013. Expediente 19001-23-31-000-2008-00125-01(46162). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

cargo para la fecha en la que el señor Manolo Alberto Eslava Manosalva presentó la solicitud de reconocimiento de la bonificación de dirección establecida en el Decreto 3574 de 2003.[3]

Igualmente, está demostrado, que el aquí demandado no dio contestación a la petición elevada el 19 de enero de 2005 por el señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, y que mediante Oficio de 18 de mayo de 2005 le negó el pago de la bonificación de dirección prevista en el Decreto 3574 de 2003.[4]

3.2 La existencia de una obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado

El acto ficto resultante del silencio administrativo negativo, respecto de la petición elevada el 19 de enero de 2005 y el Oficio de 18 de mayo siguiente mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de la bonificación de dirección al señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, fueron demandados y anulados por la jurisdicción contenciosa administrativa. Como consecuencia de ello se condenó al municipio de Cerinza (hoy demandante), en sentencia proferida el 28 de noviembre de 2011 por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, a pagar en favor del entonces demandante la bonificación de dirección prevista en el Decreto 3574 de 2003.[5]

3.3 El pago realizado por el Estado

El municipio de Cerinza, como entidad pública, tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de una suma dineraria impuesta por la condena judicial. En el sub examine está probado el pago en favor del señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, a través de:

---

[3] Folio 44 y 45 c1

[4] Folio 28

[5] Folios 19 a 29 C1

-Certificación de 31 de diciembre de 2012 suscrita por el Secretario de Hacienda del municipio de Cerinza, en la que se indicó: "Que, el municipio de Cerinza le canceló al señor MANOLO ALBERTO ESLAVA MANOSALVA la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS ($10.000.000) M/cte el día 31 de diciembre de 2012 mediante egreso No. 2012000752, dando cumplimiento a la sentencia según fallo judicial No. 2005-02506"[6]

-Registro No. 2012000724 de 31 de diciembre de 2012 suscrito por el Tesorero Municipal de Cerinza, el cual tenía por objeto el pago de la sentencia judicial No. 2005-02506 en favor del señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, por valor de $10´000.000.[7]

Presentes los tres requisitos objetivos que hacen prospera la pretensión de repetición, la Sala pasa a examinar el elemento subjetivo como último presupuesto de prosperidad.

4. Del elemento subjetivo - la culpa grave y/o dolo

El Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Santa Rosa de Viterbo accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que el demandado incumplió lo deberes que la ley le imponía, no solo al omitir cancelarle al ex alcalde municipal señor Manolo Alberto Eslava Manosalva la bonificación de dirección prevista en el Decreto 3574 de 2003, sino al no dar respuesta a la petición elevada por él, el 19 de enero de 2005.

Señala el recurrente que el demandado no podía actuar al margen de la ley en la medida que el señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, como ex alcalde del municipio de Cerinza, tenía el deber legal de haber establecido el rubro para el pago de la bonificación de dirección que alegó en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, novedad esta que debió quedar establecida en el

---

[6] Folio 36

[7] Folios 37 a 40

presupuesto anterior. Asimismo, sostiene que dentro de la condena que se ordena pagar al señor Rigo Antonio Boada Castro, solamente se le debe exigir lo correspondiente a los perjuicios ocasionados con ocasión de la condena de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual en su parecer sería aproximadamente el 50%, argumentado que de todas formas, el municipio de Cerinza voluntariamente mediante acto administrativo u obligado por una condena, debía cancelar lo ordenado como bonificación de dirección prevista en el Decreto 3574 de 2003, pues era su obligación.

Respecto del requisito consistente en la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa, el Consejo de Estado ha explicado en diferentes oportunidades[8] que, para efectos de determinar la culpa grave o dolo, se debe acudir a las normas vigentes para la época de los hechos.

Para el caso concreto, se debe tener como referencia el acto ficto resultante del silencio administrativo negativo, respecto de la petición elevada el 19 de enero de 2005 y el Oficio de 18 de mayo siguiente mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de la bonificación de dirección al señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, los cuales fueron demandados y anulados por la jurisdicción contenciosa administrativa en nulidad y restablecimiento del derecho. Teniendo en cuenta entonces que los mismos datan del año **2005,** las disposiciones a aplicar en este caso serían las establecidas en la Ley 678 de 2001, que define en sus artículos 5 y 6, las presunciones de dolo y de culpa grave, así:

> "**ARTÍCULO 5°. DOLO**. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.
> Se presume existe dolo del agente público por las siguientes causas:
>
> 1. Obrar con desviación de poder.
> 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.

[8] Sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente: 29.223; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 22 de julio de 2009, expediente: 25659.

> 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
> 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
> 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.
>
> **ARTÍCULO 6°. CULPA GRAVE.** La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.
>
> Se presume la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:
> 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
> 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
> 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
> 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal".

El dolo y la culpa grave son los elementos subjetivos de la procedencia de la acción de repetición y constituyen un reproche sobre la conducta que es ajena al derecho y que causa un daño antijurídico.

Los conceptos de culpa grave y dolo, fueron estudiados por el Consejo de Estado al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición[9] y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al examinar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77[10] y 78[11] del C.C.A. Así, dijo[12] que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6° y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

Como se dijo, el Consejo de Estado se ha encargado de delimitar estos dos conceptos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de aquellos que prestan o prestaron sus servicios al Estado. En Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, con ponencia de la Doctora Stella Conto Díaz del

---

[9] Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.
[10] Sentencia C –100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.
[11] Sentencia C – 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.
[12] Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

Castillo, proceso Radicado N° 11001-03-26-000-2003-00036-01(25360), en providencia del 30 de abril de 2014, expresó:

> "La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación. Se exige, entonces, adelantar un juicio especial de la conducta que no solo demuestre descuido sino negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación, ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asunto propios. Se concluye, entonces, que no cualquier conducta, así fuere errada, compromete la responsabilidad de los servidores públicos. (...). La doctrina sobre el particular ha sostenido[13]:
>
> "El concepto de culpa hace referencia a un estándar genérico y flexible de la persona prudente y diligente. La determinación de la regla de conducta que habría observado esa persona en las circunstancias del caso es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, esos deberes pueden estar también tipificados por la ley (como característicamente ocurre con el tráfico vehicular) o pueden estar establecidos convencionalmente por reglas sociales, formales o informales. A falta de la ley o de usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir como se habría comportado una persona prudente en las mismas circunstancias.
>
> (...)
>
> (...) Es decir, al margen de la legalidad o ilegalidad de la actuación, se habrá de determinar si la conducta de los servidores se sujetó a los estándares de corrección[14] o si por el contrario los desbordó hasta descender a niveles que no se esperarían, ni siquiera del manejo que las personas negligentes emplean en sus propios negocios; de manera que lo acontecido no encuentre justificación."

En oportunidad anterior, el Consejo de Estado en la Sección Tercera, Subsección C, con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia de 26 de febrero de 2014, expediente 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384), precisó:

> "...El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición[15] y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77[16] y 78[17] del C. C. A.. Así, dijo[18] que, para determinar la existencia de la culpa grave o del

---

[13] Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile 2009.

[14] JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. El principio de la Buena Fe. Bosch. Casa Editorial Barcelona.965 Pg. 57 "Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fue objetiva, de buena fe sub-legítimamente. Refiriéndose a la conducta del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que se deriva su derecho, según los casos. En el primer supuesto, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, lo que se manifiesta en las relaciones no solo de los derechos reales, sino también en las más diversas (...)".

[15] Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.
[16] Sentencia C –100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.
[17] Sentencia C – 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.
[18] Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

> dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que **debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6° y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.**
>
> Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política[19] y en la ley.
>
> Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; **por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.**
>
> Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la **conducta dolosa o gravemente culposa** de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que **no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial** ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública." Resaltado fuera de texto.

Así las cosas, hay culpa grave cuando la conducta dañina no siendo intencional es consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado. Ha sido considerada tradicionalmente[20] como aquella actuación no deliberada del sujeto que en forma especialmente grosera, negligente, imprudente, o que de manera descuidada y sin la prudencia ni atención requerida deja de cumplir u omite el deber funcional que le es exigible.

En cuanto al dolo, prescribe que se configura cuando la persona ejerce su actuación u omisión, con el ánimo consciente de inferir daño a otro o a sus bienes. Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto:

> "Siendo ello así, si por su propia decisión el servidor público **opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien**, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio,

---

[19] El artículo 83 Constitucional reza: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas".

[20] Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación N° 25000-23-26-000-2001-02841-01(30226). Providencia del 26 de mayo de 2010.

> sí lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado."[21]Resaltado fuera de texto

Tal como lo enunció en sentencia la Sala de Decisión No. 3 de este Tribunal[22], las presunciones son medios probatorios indirectos instituidos por el legislador con la finalidad de equilibrar las cargas en el acceso a las pruebas, y en virtud de las cuales, se deduce de lo conocido lo desconocido mediante la realización de un juicio lógico. Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades, diciendo[23]:

> "En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente

[21] Sentencia C-484 de junio 25 de 2002.

[22]Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz. proceso en el que actuó como demandante el Municipio de Motavita y demandado Luis Fernando Aguilar Molina.

[23] Sentencias C- 374/02, C- 423 /02 y 455/02.

> ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.
>
> Por ello, la presunción constituye un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad, ya que se trata de un criterio que la ley o el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho diferente y conocido como cierto.
>
> (…)
>
> (...) con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtirse en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso."

De lo anterior se colige, que las presunciones son suposiciones que pueden provenir de la ley o del juicio del juez frente a la observancia de los hechos, las cuales constituyen medios indirectos para alcanzar la verdad a partir de hechos conectados entre sí. Es así como, el actor debe demostrar que de una circunstancia o causal, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción, invirtiéndose la carga de la prueba al demandado, el cual deberá probar la inexistencia del hecho o de las circunstancias del cual se infieren para liberar su responsabilidad patrimonial. Como lo ha dicho la Corte, la presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas pues al facilitar el ejercicio de la acción de repetición que es una acción de naturaleza civil, en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, permiten alcanzar los objetivos de garantizar la integridad del patrimonio público y la moralidad y eficacia de la función pública (arts. 123 y 209 de la C.P.)

5. Del caso concreto

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que el actuar del señor Rigo Antonio Boada Castro, constituye culpa grave.

Revisado el expediente la Sala encuentra lo siguiente:

-A folios 19 a 29 del cuaderno 1, reposa copia de la sentencia de 28 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Santa Rosa de Viterbo dentro del proceso con radicado No. 2005-02506, en la que se declaró la nulidad parcial del acto ficto o presunto surgido del silencio administrativo negativo constituido respecto del derecho de petición radicado ante el municipio de Cerinza por el señor Manolo Alberto Eslava Manosalva el 19 de enero de 2005, y del Oficio sin numero recibido por el demandante el 18 de mayo de 2005, en lo que respecta a la negativa de pagar la bonificación de dirección de que trata el Decreto 3574 de 2003, y como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho ordenó a la entidad territorial a reconocer y pagar dicho emolumento.

-A folio 30 obra Acta de Conciliación Extrajudicial de 31 de diciembre de 2012, en la que se acordó que el municipio de Cerinza pagaría al señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, la suma de 10 millones de pesos por concepto de la bonificación de dirección de que trata el Decreto 3574 de 2003.

-A folio 36 a 40 obran certificaciones del Secretario de Hacienda y del Tesorero del municipio de Cerinza, de 31 de diciembre de 2012, en las que consta que se le canceló al señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, la suma de diez millones de pesos (10´000.000), dando cumplimiento al fallo proferido dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho con radicación No. 2005-02506 y al acuerdo conciliatorio.

Se encuentra acreditado en el expediente que el señor Rigo Antonio Boada Castro quien fungió como alcalde municipal de Cerinza para los años 2004 a 2007, omitió dar respuesta a la petición radicada por el señor Manolo Alberto Eslava Manosalva el 19 de enero de 2005, hecho este por el cual se configuró el silencio administrativo negativo, además mediante Oficio de 18 de mayo de 2005, negó el reconocimiento y pago de la bonificación de dirección consagrada en el Decreto 3574 de 2003.

En la sentencia proferida por el Juzgado Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 28 de noviembre de 2011 se resolvió que el entonces demandante tenía derecho a que se le reconociera la bonificación de dirección establecida en el Decreto 3574 de 2003, en lo correspondiente al año 2003.

El Decreto 3574 de 2003 "Por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores y Alcaldes y se dictan disposiciones en materia prestacional", tal como lo indicó la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho, creó a partir del 1° de enero de 2003 para los Gobernadores y Alcaldes, como prestación social, **una bonificación de dirección equivalente a tres (3) veces el salario mensual compuesto por la asignación básica más gastos de representación, pagadera en dos contados iguales en fechas treinta (30) de junio y treinta (30) de diciembre del respectivo año**.

Lo anterior deja ver con claridad que en efecto al señor Manolo Alberto Eslava Manosalva quien fungió como alcalde del municipio de Cerinza por el periodo comprendido entre los años 2001 y 2003 le asistía el derecho de percibir dicha bonificación, razón por la cual la negativa por parte del señor Rigo Antonio Boada Castro de reconocérsela conlleva a que se presente una responsabilidad por culpa grave, por su actuar negligente.

Ahora dirá la Sala que no es de recibo el argumento del recurrente de que el señor Manolo Alberto Eslava Manosalva quien fungió como alcalde del municipio de Cerinza, fue quien debió incluir el pago de la bonificación en el presupuesto, pues el alcalde entrante no podía realizar pagos que no quedaran estipulados allí, teniendo en cuenta que el Decreto 3574 de 2003 que creó la bonificación de dirección entró en vigencia solo hasta el 12 de diciembre de 2003 cuando fue publicado, de ahí que no puede pretender ahora el demandado que no se declare su responsabilidad, pues es claro que fue quien aun cuando era su obligación negó rotundamente dicho reconocimiento.

Además excusar ahora al demandado, argumentando que no podía efectuar el reconocimiento y pago de la bonificación porque la Ley Orgánica del Presupuesto

no le permitía incluir gastos adicionales, no tiene asidero jurídico, pues es la misma Constitución Política en su artículo 315 la que lo faculta para que presente oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre presupuesto anual de rentas y **gastos** y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio.

Ahora si bien es cierto, el proyecto de presupuesto de rentas y gastos se debe presentar anualmente, también es cierto que dicha circunstancia no era impedimento para que el demandado hubiera negado el pago de la prestación basado en que no podía incluir gastos que no estuvieran consagrados allí, pues hay que tener en cuenta que la solicitud de reconocimiento fue radicada en el año 2005, cuando llevaba el señor Rigo Antonio Boada Castro solo un año fungiendo como alcalde del municipio, lo cual deja ver que tuvo la posibilidad de incluir ese gasto durante su mandato.

De otro lado, no está de acuerdo la Sala con la condena impuesta por el a quo, quien resolvió en repetición que el señor Rigo Antonio Boada Castro debía cancelar el monto actualizado establecido en la conciliación llevada a cabo el 31 de diciembre de 2012[24], como consecuencia del fallo emitido el 28 de noviembre de 2011 dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del municipio de Cerinza, pues si bien es cierto, existe responsabilidad del demandado a título de culpa grave, primero, por no haber contestado la petición elevada por el entonces demandante el 19 de enero de 2005, configurándose así un acto ficto surgido del silencio administrativo negativo, y segundo, porque mediante Oficio de 18 de mayo de la misma anualidad le negó el reconocimiento y pago de la bonificación de dirección a que tenía derecho, es evidente que la entidad territorial estaba en la obligación de reconocerle y pagarle la bonificación de dirección consagrada en el Decreto 3574 de 2003 al señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, de ahí que ahora no puede venir a endilgarle toda la responsabilidad al ex funcionario que negó el reconocimiento del emolumento, cuando su deber era ese.

[24] Folio 30

Tal como lo establece el Decreto 3574 de 2003 la bonificación de dirección equivale a tres veces el salario mensual compuesto por la asignación básica más gastos de representación, pagadera en dos contados iguales en fechas treinta (30) de junio y treinta (30) de diciembre del respectivo año.

Revisado el fallo de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 2005-02506-00 en el que obra como demandante el señor Manolo Alberto Eslava Manosalva y demandado el municipio de Cerinza, da cuenta la Sala que para el reconocimiento de dicha prestación solo se tuvo en cuenta la asignación básica mensual, pues no se demostraron los gastos de representación.

Teniendo en cuenta que el entonces demandante señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, quien fungió como alcalde del municipio de Cerinza, devengó en el año 2003, periodo por el cual estaba solicitando el reconocimiento de la bonificación de dirección, una asignación básica mensual de $1´799.398, en aplicación del Decreto 3574 de 2003 que indicaba que la prestación equivalía "(...) a tres (3) veces el salario mensual compuesto por la asignación básica más gastos de representación (...)", es claro para la Sala que la entidad hoy demandante estaba obligada a reconocerle en cumplimiento de dicha reglamentación por este concepto la suma de $5´398.194.

En estos términos, se debe condenar al señor Rigo Antonio Boada Castro por la conducta en la que incurrió, **pero solo por el detrimento causado al erario público, lo que corresponde a la suma de CUATRO MILLONES SEISCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS ($ 4.601.806)**, toda vez que con condena o sin ella, el municipio de Cerinza estaba obligado a reconocer y pagar la suma de CINCO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO NOVENTA Y CUATRO PESOS ($ 5.398.194), que corresponden a tres veces la asignación básica que devengaba el señor Manolo Alberto eslava

Manosalva en el año 2003[25], conforme al Decreto 3574 de 2003, razón por la cual el fallo de primera instancia será modificada en este sentido.

La suma objeto de la presente condena deberá ser debidamente indexada, con base en el índice de precios al consumidor, mediante el empleo de la fórmula que a continuación se expresa:

R = Rh * (Índice Final / Índice Inicial)

Donde el valor R se precisa multiplicando el valor histórico Rh (4.601.806), por el guarismo que resulte de dividir el Índice Final vigente para el mes de enero de 2018, fecha de la sentencia, sobre el Índice Inicial vigente para el 31 de diciembre de 2012, fecha en la cual se efectuó el pago por parte del municipio de Cerinza, así:

Vf = Ra * (Índice Final / Índice Inicial)

Vf = Valor Final Actualizado

Vf = 4.601.806 * (138.85 / 111,72)

Vf = 5.687.176.

El valor de la condena indexada corresponde a **CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS ($5.719.305).**

VII. COSTAS PROCESALES

El artículo 188 del CPACA, acogió el régimen objetivo del Código General del Proceso para la imposición de la condena en costas, sujetando tal carga al hecho de ser vencido en juicio. No obstante, consagró una excepción a la mencionada regla, consistente en que en los procesos en que se ventile un interés público no hay lugar a condena en costas.

[25] Tal como lo deja ver la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho proferida el 28 de noviembre de 2011, allí se consignó que el señor Manolo Alberto Eslava Manosalva, devengaba una asignación básica mensual por un valor de $1'799.398.

La acción de repetición se fundamenta en el interés público de la protección del patrimonio público del cual depende la realización de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho. Sobre el particular, el máximo órgano de cierre en materia constitucional en sentencia C-831 de 2001, precisó:

> "Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública".

Este medio procesal -acción de repetición- se erige como el instrumento idóneo para garantizar los principios de moralidad administrativa y eficiencia de la función pública cuando el Estado ha incurrido en erogaciones que no se sustentan en la realización efectiva de sus fines sino en una conducta dolosa o gravemente culposa de un representante suyo que generó un daño antijurídico.

En consecuencia, como lo ha señalado la jurisprudencia[26], la acción de repetición tiene fines retributivos y preventivos, porque por una parte, busca regular la responsabilidad patrimonial y por otra, es el medio para disuadir a los agentes del Estado para que obren de forma diligente de acuerdo con los deberes que el cargo le impone y no ocasionen daño a las personas o a su patrimonio o vulneren sus derechos.

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

---

[26] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482). Providencia del 31 de Agosto de 2006.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, que accedió a las pretensiones de la demanda impetrada por el municipio de Cerinza en contra del señor Rigo Antonio Boada Castro, excepto el numeral segundo que se modifica, el cual quedará así:

> **SEGUNDO.** Como consecuencia de la anterior declaración, condenar al señor Rigo Antonio Boada Castro a pagar al municipio de Cerinza, la suma de **CINCO MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS ($5.719.305)**, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia, por Secretaría envíese el proceso al juzgado de origen, previas las anotaciones necesarias.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Ausente Con Permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 24 ENE 2018

Medio de Control	:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**Martha Carmen Niño Rivera**
Demandado	:	**Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**
Expediente	:	**152383333002-2016-00065-01**

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 6 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA. La señora Martha Carmen Niño Rivera mediante apoderado judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, para que se acojan las siguientes pretensiones:

2. PRETENSIONES. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones GNR 190916 del 25 de junio de 2015 y VPB 60191 del 7 de septiembre de 2015, mediante los cuales la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, negó a la demandante la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicios.

A título de restablecimiento solicita se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar a la demandante la pensión mensual de jubilación teniendo en cuenta todos los

factores salariales devengados durante el último año de servicios, esto es entre el 1° de marzo de 2011 y el 28 de febrero de 2012, a saber: asignación básica mensual, festivos, dominicales y recargos nocturnos, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, efectiva a partir del 1 de marzo de 2012, en cuantía de $1.391 601.

De igual manera, pide se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a que sobre las diferencias de las mesadas pensionales adeudadas a la señora Martha Carmen Niño Rivera le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de éstas, conforme al Índice de Precios al Consumidor sobre las diferencias dejadas de reconocer desde el día 1° de marzo de 2012 y hasta cuando pague su totalidad, tal como lo autoriza el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011; que se pague a favor de la demandante los intereses moratorios conforme lo establece el inciso 3° del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que la señora Martha Carmen Niño Rivera, prestó sus servicios en la E.S.E. Hospital José Cayetano desde el 7 de marzo de 1978 al 1 de enero de 1981 y en la E.S.E Hospital Regional de Duitama desde el 1 de febrero de 1981 al 28 de febrero de 2012, ocupando el cargo de Auxiliar de la Salud.

Precisa que la actora nació el 13 de abril de 1955, adquiriendo el estatus jurídico de pensionada por edad el 13 de abril de 2010; que fue retirada del servicio a partir del 1 de marzo de 2012.

Sostiene que la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, mediante Resolución No. 033771 del 22 de septiembre de 2011, ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez en favor de la señora Martha Carmen Niño Rivera, en cuantía de $972.688 efectiva a partir del 1° de octubre de 2011 condicionada a demostrar el retiro del servicio.

Indica que la demandante solicitó la reliquidación de la pensión el 6 de marzo de 2015 ante la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, solicitud que

fue resuelta a través de la Resolución No. GNR 190916 del 25 de junio de 2015, negándola.

Señala que la señora Martha Carmen Niño Rivera, presentó recurso de apelación contra la Resolución No. GNR 190916 del 25 de junio de 2015, el cual fue resuelto por la entidad accionada mediante Resolución No. VPB 60191 del 7 de septiembre de 2015, confirmado en todas sus partes la resolución impugnada.

Indica que los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicios, esto es entre el 1 de marzo de 2011 y el 28 de febrero de 2012, fueron: asignación básica mensual, festivos, dominicales y recargos nocturnos, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 23 de febrero de 2016 ante el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama.

Mediante proveído del 28 de abril de 2016, ese despacho admitió la demanda, y además ordenó notificar a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del CGP (fls. 60 y 61). Solicitó además a la parte demandada allegar el expediente administrativo contentivo de la actuación objeto del proceso, conforme al parágrafo primero del artículo 175 del CPACA.

1. Contestación de la demanda

La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- presentó escrito de contestación de la demanda en los siguientes términos:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones al considerar que los actos administrativos demandados fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros señalados.

Señaló que a la demandante en un primer momento se le reconoció la pensión de vejez conforme lo dispone la Ley 33 de 1985 tal y como consta en la Resolución No. 33771 del 22 de septiembre de 2011; que la entidad decidió reliquidar la pensión de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 según Resolución GNR No. 2748557 del 1 de agosto de 2014; que la liquidación se efectuó tomando como base las cotizaciones efectuadas durante los últimos 10 años y se aplicó una tasa de remplazo del 79.26%, situación más favorable.

Indicó que al realizar un análisis del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se comete un error de interpretación, ya que como lo manifiesta la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, la Ley 100 únicamente mantuvo el régimen de transición frente a la edad, el tiempo de servicios, y el monto de la pensión, pero en virtud del principio del equilibrio del sistema y de los demás principios generales de la seguridad social, se restringió el tema del IBL, pues al aplicar las normativas anteriores respecto a este tema se violaría el derecho a la igualdad, equidad, solidaridad y se benefician unos pocos en contradicción a los derechos de los demás afiliados, generando derechos desproporcionados a quienes se les aplica las reglas del IBL establecidas en la Ley 100, con base en la equidad, es decir, se les aplica el IBL de acuerdo al IBC reportado por cada afiliado a la entidad.

Precisó que los factores salariales que se tuvieron en cuenta para la liquidación de la prestación de la demandante, corresponden al valor de las cotizaciones efectivamente realizadas, dichos factores salariales se tuvieron en cuenta, pues fueron devengados por el trabajador a título remunerativo, es decir, reportados y certificados por la entidad; que para el caso concreto a la demandante se le reconocieron los factores salariales que certificó debidamente, y que estuvieran incluidos en el Decreto 1158 de 1994.

Presentó como excepciones las denominadas "INEXISTENCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN", "IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS", IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN", "COBRO DE LO NO DEBIDO", "BUENA FE DE COLPENSIONES", "PRESCRIPCION" "COMPENSACION" Y " INNOMINADA O GENERICA".

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 13 de octubre de 2016 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA (fl. 99 c1).

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial y evacuada las etapas de ésta, fue necesario programar audiencia de pruebas la cual se llevó a cabo el 22 de febrero de 2017 (fls. 133 a 135 c1); se ordenó correr traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, y se procedió a emitir decisión de fondo.

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama mediante fallo proferido el 6 de abril de 2017, declaró no probadas las excepciones denominadas "INEXISTENCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN", "IMPROCEDENCIA DE INTERESES MORATORIOS", "IMPROCEDENCIA DE INDEXACIÓN", "COBRO DE LO NO DEBIDO", "BUENA FE DE COLPENSIONES", "PRESCRIPCIÓN" y "COMPENSACIÓN", declaró la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones GNR 190916 del 25 de junio de 2015 y VPB 60191 del 7 de septiembre de 2015, mediante los cuales la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, negó a la demandante la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicios.

A título de restablecimiento ordenó a COLPENSIONES a reliquidar y pagar a partir del 1° de marzo de 2012, la pensión reconocida a la señora Martha Carmen Niño Rivera, en cuantía de 75% del promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios, es decir, entre el periodo comprendido del 1° de marzo de 2011 y el 28 de febrero de 2012, debiendo incluir como factores salariales los siguientes: asignación básica, festivos, dominicales y recargos nocturnos, 1/12 bonificación por servicios, 1/12 prima de servicios, 1/12prima de vacaciones y 1/12 prima de navidad.

Precisó el a quo que respecto de la aplicación de las sentencias SU-230 de 2015 y la sentencia C-258 de 2013 se encuentra que, de conformidad con el acervo probatorio recaudado, la accionante causó su derecho pensional el 13 de abril de 2010, es decir con anterioridad a la publicación de dichos pronunciamientos, razón por la cual, al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe tenerse en cuenta lo señalado por la Ley 33 de 1985 e incluirle todos los factores salariales por ella devengados en el último año de servicios.

Adujo que como lo señaló la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, emitida por el Consejo de Estado, en aras de garantizar los principio de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, y favorabilidad en materia laboral, 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.

Que como la demandante devengó en el último año de servicios: asignación básica, festivos, dominicales y recargos nocturnos, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, en aras de garantizar el principio Constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y dando aplicación al principio de favorabilidad, es dable acceder a las pretensiones de la demanda, de ahí que dispuso la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora Martha Carmen Niño Rivera, incluyéndole todos los factores salariales por ella devengados durante el último año de servicios.

Aclaró que no se dispondrá la inclusión del valor relacionado con la bonificación por recreación, toda vez que la misma por disposición legal no constituye factor salarial.

Sobre la prescripción señaló el a quo que según acervo probatorio no se encuentra probada, en razón a que a la demandante se le reconoció pensión de jubilación el 22 de septiembre de 2011, y radicó peticiones de reliquidación el 10 de octubre de 2013 y 6 de marzo de 2015, presentando demanda el 23 de febrero de 2016, sin que entre una y otra petición hubiera transcurrido el término de prescripción que es de 3 años atendiendo el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuestos por el apelante, se contraen en lo fundamental a los siguientes aspectos:

La parte accionada reitera su postura de que el régimen de transición determina solo como condiciones a mantener la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio y el monto de la prestación pensional, y renglón seguido determina que los demás requisitos o condiciones se regirán por lo preceptuado por la Ley 100; que es conclusión valida a la luz de la norma en estudio y de la jurisprudencia emanada del alto tribunal constitucional, que la norma aplicable por remisión del régimen de transición pensional no puede ser aplicable en su integridad, en tanto mandato legal y constitucional deben ser ponderables, y ello resulta que el principio de inescindibilidad de la norma posee menor fuerza argumental en tanto no es posible aplicarlo, prefiriéndose los principios de igualdad y sostenibilidad del sistema pensional.

Señala que la interpretación realizada por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 las rodea total credibilidad y obligatorio cumplimiento para los Jueces de la República, en razón de que la jurisprudencia es fuente de derecho y adicional a ello bajo los mandatos jurisprudenciales de considerar el control abstracto de constitucional realizado por la Corte como creador de doctrina Constitucional; que en relación al artículo 10 del CPACA, en donde se afirma que los Jueces Contenciosos Administrativos deberán acoger lo estipulado y consagrado en las sentencias de unificación en tanto precedente vertical, sin embargo, la Corte Constitucional determinó en el análisis constitucional de dicho artículo que si bien se debe aplicar preferentemente las sentencias de la Corte Constitucional y con mayor importancia aquellas que realizan el estudio de constitucionalidad de las normas y la interpretación derivada de allí, se puede llegar a la segunda conclusión en la cual se debe acoger los pronunciamientos de la Corte Constitucional y darles aplicación en tanto mandato constitucional en la cual se considera la Constitución como norma de normas.

Refiere a modo de conclusión que la señora Martha Carmen Niño, no tiene derecho a que se realice reliquidación de la prestación social, en tanto así lo ha determinado el conjunto del sistema normativo Colombiano, por conducta de interpretación integral, por ello se tiene que los aspectos que alcanzan el grado de ultractividad son los concernientes a la edad, el número de semanas de cotización y la tasa de remplazo de la pensión, por lo que el régimen de transición como protección a la expectativa legitima del afiliado para alcanzar su pensión en tanto exista cambio de legislación pensional salvaguarde su anhelo de pensión, dejando por fuera de la transición lo concerniente a los factores salariales, que se deben regir por la nueva norma.

Que no se puede pasar por alto, que la entidad en atención al principio de favorabilidad ya había reliquidado la pensión de la demandante bajo los postulados de la Ley 797 de 2003, en atención que le arroja una tasa de remplazo superior a la contenida en la Ley 33 de 1985.

Por último, solicita que en segunda instancia se corrijan los errores cometidos por el a quo, en el sentido de revocar el fallo objeto del presente recurso, y en su lugar se absuelva a la demandada de todas las pretensiones formuladas en la demanda y se condene en costas a la parte actora.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4° del artículo 192 del CPACA, el a quo concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto (fls. 170 y 170 vto.).

Mediante providencia del 23 de agosto de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 181 y 181 vto.).

A través de proveído de 22 de septiembre de 2017 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4° del

artículo 247 del CPACA (fl. 185), oportunidad que aprovechó la parte accionante para reiterar sus argumentos expuestos a lo largo del proceso.

Señala en su escrito el apoderado que la señora Martha Carmen Niño Rivera, se encuentra amparada por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la ley, tenía cumplidos más de 35 años de edad y más de 15 años de servicios, por tanto se le aplican en su integridad las normas anteriores, es decir las Leyes 33 y 62 de 1985.

Sostiene que las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 no pueden ser aplicables al presente caso, ni hacerse extensivas de manera automática.

Solicita se mantenga la posición que desde el principio de manera unánime adoptó esta Corporación, en el sentido de no acoger la Sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, por el desconocimiento del propio precedente de la sentencia C-258 de 2013 y la afectación de los derechos de los pensionados en el régimen de transición, así como el de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016; que se dé aplicación la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010.

Indica que a la señora Martha Carmen Niño Rivera se le deben tener en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicios, y que no están incluidos en la base de liquidación pensional, es decir, entre el 1 de marzo de 2011 y el 28 de febrero de 2012, éstos son: asignación básica mensual, festivos, dominicales y recargos nocturnos, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

Que atendiendo a los principios de equidad, solidaridad y sostenibilidad del sistema pensional, solicita que se ordene el descuento de aportes de los factores salariales, pero solo por 5 años, como lo ha venido sostenido esta Corporación, y respecto del porcentaje de aportes que corresponde al trabajador, es decir, por el 25% del valor de dichos aportes.

VII. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si procede la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Martha Carmen Niño Rivera incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, teniendo en cuenta el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para despejar este interrogante, la Sala considera necesario establecer el régimen pensional aplicable a la demandante y la posibilidad de liquidarla con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

3. Del régimen pensional aplicable a la demandante

En este punto es importante reseñar previamente que el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso sobre el particular lo siguiente:

> "Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".
>
> "Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

De acuerdo con las certificaciones aportadas, la demandante, para la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), ya había completado el número de semanas para pensión, habiendo adquirido el status de

pensionada el 13 de abril de 2010, por lo que no se vio perjudicada por el desmote del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y cumple con los requisitos para que su pensión le sea reconocida con el régimen anterior.

Para establecer si la señora Martha Carmen Niño Rivera pertenecía al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, hay que determinar si cumplía los requisitos exigidos por la misma.

La señora Martha Carmen Niño Rivera nació el 13 de abril de 1955 (folio 17), laboró en el Hospital José Cayetano desde el 7 de marzo de 1978 al 1 de enero de 1981 (fls. 18 a 21), y como último lugar donde se desempeñó como Auxiliar Área de la Salud en la E.S.E Hospital Regional de Duitama desde el 1 de febrero de 1981 al 28 de febrero de 2012 (fl 58), por lo que al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), llevaba más de 15 años laborando y tenía más de 35 años de edad.

El régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993, se encuentra contemplado en el artículo 36 y consagra los siguientes supuestos para su aplicación:

> - Servidores que al momento de entrar en vigencia la ley, tengan 35 años o más de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados.
> - Servidores que a la entrada en vigencia de la ley hayan completado los requisitos para obtener pensión.

Ahora bien, teniendo en cuenta la edad y el tiempo de servicios de la demandante al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se observa que su situación encaja perfectamente en los supuestos antes mencionados, razón por la cual debe aplicársele el régimen de transición que esta ley establece para este tipo de trabajadores.

En este orden de ideas, resulta de vital importancia transcribir lo establecido por la Ley 100 de 1993, artículo 36, incisos segundo y tercero, así:

> "La edad para acceder a la **pensión de vejez**, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que **al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior** al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas

> para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.
>
> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE".

Por lo anterior, y de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo, la Sala encuentra que al grupo de servidores que encajan en el primer supuesto y del cual hace parte la demandante como ya se dijo, se les confirió el beneficio de pensionarse conforme a la edad exigida en normas anteriores, esto es, 55 años de edad, 20 años de tiempo de servicios y a los factores de liquidación del régimen anterior (Ley 62 de 1985 que modificó la Ley 33 de 1985 en este aspecto).

En este orden de ideas, la Sala encuentra que la señora Martha Carmen Niño Rivera se encontraba amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto se le debe aplicar la normatividad anterior a ésta ley, es decir, las Leyes 33 y 62 de 1985.

4. Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que la demandante se encuentra cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que por lo mismo se le deben aplicar los requisitos establecidos en la ley anterior para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, si los dispuestos en la citada como lo afirma la parte demandada, o al contrario, los establecidos en la norma anterior como lo expuso el apoderado dela actora.

En la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, se señala:

> "Artículo 3: Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."
>
> "Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras;

> bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."
>
> "En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"

De conformidad con lo anterior, a la demandante le es aplicable la citada ley, toda vez que en virtud del **principio de inescindibilidad** normativa no se puede para una misma situación fáctica aplicar varias disposiciones normativas.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado:

> "(…) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales"[1]

Entonces, para establecer cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en el caso de la señora Martha Carmen Niño Rivera, no se puede desconocer lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, la cual estableció la sub-regla que debe observarse para resolver asuntos como el que actualmente se examina, con el propósito de garantizar principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral, actuando en consonancia con lo previsto en la decisión precitada, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, además, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Así las cosas, no obstante ser aplicable a la demandante para efectos de la liquidación de su pensión de vejez las normas establecidas en la precitada ley, modificada por la

[1]Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso. Sección Segunda. Subsección "A" Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 26 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-08992-01(2559-07).

Ley 62 de 1985, también es cierto, que debe atenderse el criterio de unificación en mención en el que consideró que la pensión debe liquidarse con base de todos los factores salariales devengados en el último año, luego para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación periódica, ha de atenderse este criterio en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

Bajo este criterio, estima la jurisprudencia de la cual se viene hablando, que acorde con lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley 1045 de 1978 los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar el monto pensional eran superiores a los enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, disposiciones que por demás no contienen una lista taxativa de los factores salariales que han de servir de base para establecer el salario plante de liquidación, sino meramente enunciativa, lo que permite incluir otros que también fueron devengados por la trabajadora en el último año de servicio, criterio que hace reconocimiento también al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que impone tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral por parte de la trabajadora.

No sobra advertir que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha ratificado la tesis expuesta en innumerables fallos v. gr la sentencia de 26 de agosto de 2010, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159- 01, asimismo, la sentencia de 3 de febrero de 2011, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Entonces, esta Sala atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, como en el caso de la demandante, se tendrán en cuenta los factores devengados en el último año de servicios y no aquellos sobre los cuales la accionada liquidó.

En tal sentido procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, que conforme a las certificaciones salariales se encuentren acreditados.

Así las cosas, establecido como quedó líneas atrás que, los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la señora Martha Carmen Niño Rivera son las Leyes 33 y 62 de 1985, para efectos de la reliquidación de su pensión de vejez, es decir, tiene derecho a que se incluyan en la liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el último año de prestación del servicio esto es, **entre el 1 de marzo de 2011 al 28 de febrero de 2012**, como quiera que la renuncia de la actora fue aceptada el 1 de marzo de 2012 (documento 2012_1296484_GEN-ANX-CI del expediente administrativo).

De conformidad con la certificación C-193-2013 de 4 de octubre de 2013, suscrita por el Subgerente Administrativo de la Empresa Social del Estado del Hospital Regional de Duitama (fl. 42), la señora Martha Carmen Niño Rivera percibió los siguientes factores salariales en el último año de servicios: sueldo, festivos, dominicales y recargos nocturnos, prima de navidad, bonificación, prima de vacaciones, sueldo de vacaciones, prima de servicios y bonificación por recreación, así pues, la entidad demandada no tuvo en cuenta los factores salariales devengados por la actora en el último año de prestación del servicio para efectos de liquidar su beneficio pensional.

Dirá la Sala respecto de las vacaciones en dinero, que dicho factor no se incluirá para efectos de la liquidación, pues el mismo no constituye salario ni prestación, por lo que no es computable para efectos pensionales.

Así mismo, tal como lo indicó el a quo no se dispondrá la inclusión del valor relacionado como Bonificación por recreación, toda vez que el mismo por disposición legal no constituye factor salarial, pues su objeto no es remunerar directamente la prestación del servicio de empleado sino, por el contrario, contribuir al adecuado desarrollo de uno de los aspectos de vida del mismo, como lo es la recreación del trabajador.

Ahora bien respecto de las deducciones legales es de señalar que si la demandante no cotizó sobre los factores aquí enlistados, acogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado[2], y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1° numeral 1° de la Ley 33 de 1985, procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena **y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.**

La referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional, razón por la cual se advierte a la demandada, que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 33 de 1985, debe hacer las deducciones correspondientes de las sumas de dinero a reconocer, sobre los factores que la señora Martha Carmen Niño Rivera no aportó.

5. Descuentos para aportes al sistema de seguridad social en pensiones

En éste aspecto, el Tribunal se permite rectificar la posición adoptada el 24 de agosto de 2015 por la Sala de decisión No. 1 dentro del proceso 1523833333002-2013-07101 M.P. Fabio Iván Afanador García, sentencia acompañada por el ponente en dicho asunto, en la que se sostuvo que el periodo de descuentos a realizarse en materia de aportes corresponde al año de consolidación del derecho.

El cambio de criterio, se debe a varias posturas asumidas por el Consejo de Estado en las que considera que se debe ordenar su descuento sobre el retroactivo de toda la vida laboral, con el fin de proteger el erario público y los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social.

En este punto, es pertinente destacar que las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social constituyen una obligación de carácter parafiscal, dado que son producto de la soberanía fiscal del Estado y gozan de una destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible, por lo que la acción para su cobro prescribe a los cinco años conforme al artículo 817 del Estatuto Tributario.

---

[2] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. sentencia del 4 de agosto de 2010. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. exp.: 25000232500020060750901 (0112-2009)

En suma, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, lo es durante toda la vida laboral, dicho mandato se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores.

Es de precisar que a juicio del Tribunal la sentencia es constitutiva de la obligación, en tanto antes de que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación, ni el Estado, ni la empleada estaban obligados a aportar por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985, en consecuencia, sólo cuando la demandante -pensionado pide la reliquidación pensional con todos los factores y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para la empleada como para el empleador.

6. De las sentencias C-258 de 2013 y SU -230 de 2015

Sobre este punto, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la entidad accionada en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta para el efecto los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Para el caso debatido se dirá que la sentencia de constitucionalidad **aplica únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992**, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, es decir, en concreto y para el caso allí debatido y no en abstracto y en relación a todos (erga omnes) respecto del IBL de las pensiones conforme se expuso en la sentencia de unificación.

Estos aspectos son suficientes para justificar la inaplicación de la sentencia de unificación, por parte de éste Tribunal, aún más cuando esta Corporación debe acatar la línea jurisprudencial del superior funcional -Consejo de Estado- (precedente vertical), que para el presente caso no es otro que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, tal y como lo ordenan los artículos 10 y 270 del CPACA.

7. De la Sentencia SU-427 de 2016

De forma reciente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de 2016 en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:

> "...6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[3] de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.
>
> 6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y **que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[4].**
>
> 6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen **ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario[5]**, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, **obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral**, y por el contrario, **representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva** (...)."
>
> 6.14. **En dichos eventos**, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, **los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral**, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen **vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos** (...)."[6]

---

[3] En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

[4] Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub).

[5] **Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.**

[6] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub), "si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."

> 6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, **evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión**..." Resaltado fuera de texto

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[7], señala también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un **abuso del derecho** que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "...Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral."

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, según se extrae de la certificado de servicios aportado, la siguiente fue la historia laboral de la señora Martha Carmen Niño Rivera en los últimos años de servicios, período que se justifica atender en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional, podría llegar a denotar abuso del derecho:

Periodo	**Cargo**	**Entidad**
Desde el 7 de marzo de 1978 al 1 de enero de 1981	Auxiliar de la salud	E.S.E. Hospital José Cayetano.
Desde el 1 de febrero de 1981 al 28 de febrero de 2012	Auxiliar área de la salud	E.S.E. Hospital Regional de Duitama

Adicionalmente, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia, fueron los que durante los últimos 10 años de su historia laboral, se devengaron sin que se observen saltos desproporcionados en sus ingresos.

[7]Ver entre otras. SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

8. Prescripción

A la demandante se le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución No. 033771 el 22 de septiembre de 2011. Radicó peticiones de reliquidación pensional, el 10 de octubre de 2013 y el 6 de marzo de 2015. Presentó la demanda el 23 de febrero de 2016.

Nota la Sala que entre una y otra petición, y entre la presentación de la demanda no transcurrió el término de tres años, interrumpiendo así el fenómeno prescriptivo, razón por la que la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto.

9. Costas y agencias en derecho

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

Igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma (1) S.M.M.L.V. ello en virtud con lo dispuesto en el artículo 5° del Acuerdo N° PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama de 6 de abril de 2017, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

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

TERCERO. FIJAR como agencias en derecho a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, la suma de un (1) S.M.M.L.V.

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

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

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Ausente con permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 21 JUN 2018

Demandante	Alexander Malagón Tenza
Demandado	La Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación
Expediente	15238-33-33-002-2016-00141-01
Medio de control	Reparación Directa
Tema	Corre traslado para alegatos

Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación y no habiendo pruebas por decretar en esta instancia, el Despacho prescindirá de la audiencia de alegatos y juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A.

En consecuencia se ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegaciones finales.

Por lo anterior, el Despacho Nº 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE

PRIMERO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión.

SEGUNDO: Vencido el término concedido a las partes, se le da traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que emita su concepto.

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno de conformidad con lo señalado en el 4º del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 44 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, Hoy, 22 JUN 2018 siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 21 ENE 2016

Demandante	Gustavo Hipólito Cely Hernández
Demandado	Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP
Expediente	15238333300220160014801
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Tema	Auto corre traslado para alegar de conclusión.

Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación sin que las partes hayan solicitado pruebas, el Despacho prescindirá de la audiencia de alegatos y juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A.,

En consecuencia se ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegaciones finales.

Por lo anterior, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión.

SEGUNDO: Vencido el término concedido a las partes, se le da traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que emita su concepto.

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno de conformidad con lo señalado en el 4° del artículo 247 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 12 de [illegible]

Demandante	María Helda Gómez Sotelo.
Demandado	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP-.
Expediente	15238333300220160023 4-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Corre traslado para alegatos

Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación sin que las partes hayan solicitado pruebas, el Despacho prescindirá de la audiencia de alegatos y juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A.

En consecuencia se ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegaciones finales.

Por lo anterior, el despacho,

RESUELVE

PRIMERO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión.

SEGUNDO: Vencido el término concedido a las partes, se le da traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que emita su concepto.

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno de conformidad con lo señalado en el 4° del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

_____
Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 12 DIC 2018

Demandante	Pedro Jesús Correa Daza.
Demandado	Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA.
Expediente	15759333002201700017O1
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del derecho
Tema	Auto confirma decisión que declaró no probada la excepción de ineptitud de la demanda, por no cumplimiento de requisitos formales-conciliación prejudicial.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada (Fl 451) contra el auto del 13 de diciembre de 2017, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sogamoso, en desarrollo de la audiencia inicial, por medio del cual se declaró no probada la excepción de ineptitud de la demanda por no haberse agotado la conciliación prejudicial de que trata el numeral primero del artículo 161 del CPACA, dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Pedro Jesús Correa Daza en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA.

I. EL AUTO APELADO

Se trata del auto del 13 de diciembre de 2017, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sogamoso, en desarrollo de audiencia inicial, por medio de la cual se declaró no probada la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales al no haberse agotado la conciliación como requisito previo a demandar tal como lo establece el numeral primero del artículo 161 del CPACA (Fls 450, 451), sustentando su decisión en los siguientes argumentos:

Indicó que en lo que tiene que ver con la conciliación como requisito prejudicial de que trata el numeral primero del artículo 161 del CPACA, señaló que a folio 368 se observa que el día 17 de febrero de 2017, la parte demandante radicó ante la Procuraduría Judicial I para Asuntos Administrativos de Duitama solicitud de conciliación prejudicial, razón por la cual, desde el punto de vista formal dicha exigencia se encuentra cumplida.

Lo anterior por cuanto según lo afirmó el *a quo* en aplicación del principio de lo sustancial sobre lo formal y de acceso a la administración de justicia, la solicitud de conciliación prejudicial, se radicó de manera concomitante con la

presentación de la demanda y cuya audiencia se celebró el 21 de abril de 2017, razón por la cual declaró infundada dicha excepción.

Aunado a lo anterior señaló que en el presente proceso se reclaman algunas prestaciones de carácter irrenunciable y periódico, relacionadas especialmente con la seguridad social, razón por la cual, en todo caso se torna innecesario agotar el requisito de conciliación pues al Juez le está vedado en la audiencia inicial, excluir o clasificar las pretensiones de la demanda.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Interposición del recurso de apelación

Dentro de la oportunidad para ello, y una vez notificada en estrados la decisión adoptada por el juez de instancia en desarrollo de la audiencia inicial, el apoderado de la entidad demanda interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación (Min 08:50 de la Grabación).

Al sustentar los recursos interpuestos, el apoderado de la entidad demandada (Minuto 08:53 al minuto 09:46), indicó que el mismo se enfocaba de manera particular en contra de decisión de no declarar probada la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales en lo que tiene que ver con el acta de conciliación.

Adujo que de acuerdo al artículo 161 del CPACA, el presente asunto además de contener derechos irrenunciables también contiene prerrogativas que son conciliables, razón por la cual el presente asunto debe ser sometido al requisito de conciliación previo a presentar la demanda.

2. Traslado del recurso

Una vez incoados los recursos de reposición y apelación por el apoderado de la entidad demandada, el juez de primera instancia corrió traslado de los mismos a la parte demandante, quien manifestó lo siguiente:

2.1 Parte demandante

La apoderada de la parte demandante (Minuto 10:07 al minuto 11:08 de la grabación) solicitó no reponer el auto que declaró no probada la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, como quiera que las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el presente caso, giran en torno a uno de los principios mínimos fundamentales previstos en el artículo 53 de la Constitución, como lo es el de la primacía de la realidad sobre las formas.

Adujo que por la anterior circunstancia no es exigible el requisito de procedibilidad alegado por la entidad demandada, en tanto se está demandando el reconocimiento de derechos laborales establecidos en la Ley que tienen el carácter de mínimos y en consecuencia son irrenunciables, razón por la cual solicitó confirmar la decisión adoptada por el a quo.

Una vez surtido el traslado, el juez de primera instancia rechazó por improcedente el recurso de reposición interpuesto por la demandada, procediendo a conceder el recurso de apelación presentado.

III. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico

Como se advierte de la sustentación del auto impugnado, así como del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada, la controversia gira en torno a determinar si en el presente asunto en donde se debate la existencia de un contrato realidad entre el demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, hay lugar a exigir la conciliación extrajudicial como requisito previo a demandar.

2. Del recurso precedente y su trámite.

En primer lugar dirá la Sala que el recurso procedente frente al auto del 13 de diciembre de 2017, proferido en desarrollo de audiencia inicial, es el de apelación; en efecto, el numeral 6 del artículo 180 de C.P.A.C.A., establece:

> *"Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:*
>
> *(...)*
>
> *6. Decisión de las excepciones previas. El juez o magistrado ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosas juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.*
>
> *Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.*
>
> *Si alguna de ellas prospera, el juez o magistrado ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello hubiere lugar. Igualmente lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.*

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso (...)" (Destacado por la Sala)

En tal virtud, como quiera que mediante el auto apelado, el juez de primera instancia declaró no probada la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales al no haberse agotado la conciliación como requisito previo a demandar tal como lo establece el numeral primero del artículo 161 del CPACA, dicha decisión se enmarca dentro de las previstas en el inciso final del numeral 6 del artículo 180 ibídem, como susceptible del recurso de apelación.

Así las cosas, como quiera que el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, lo procedente era haber declarado improcedente el recurso de reposición y dar trámite únicamente al de apelación; en efecto, el artículo 242 del CPACA, respecto a la procedencia del recurso de reposición establece "*Salvo norma legal en contrario, el recurso procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica*", tal como en efecto lo concluyó el *a quo*.

3. De las excepciones previas en la Ley 1437 de 2011

En primer lugar debe decir la Sala que las excepciones previas no encuentran una regulación especial en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual se deberá dar aplicación, en los aspectos no contemplados y que sean compatibles con la naturaleza del proceso, a las normas previstas en el Código General del Proceso, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del C.P.A.C.A.

Como punto de partida dirá la Sala que las excepciones previas son un instrumento a disposición del juez como director del proceso, para encausarlo, sanearlo y adecuarlo en lo que sea posible, y lograr de ésta forma adoptar decisiones que resuelvan de fondo el asunto planteado.

Al respecto, el Consejo de Estado en providencia de 12 de julio de 2016, respecto a la finalidad de las excepciones previas en el marco de la Ley 1437 de 2011, indicó:

> *"(...) Sobre las excepciones mixtas no existe controversia alguna, puesto que su prosperidad a todas luces pone fin al proceso; por el contrario, las* ***excepciones previas, como se dejó visto en precedencia, tienden a evitar nulidades y enderezar el proceso; luego entonces terminarlo ante su eventual prosperidad, soslayaría la esencia para las que fueron creadas***[1]*.*

[1] Al respecto consultar, por ejemplo, Auto de 22 de octubre de 2015, Exp. 53693.

> ***De conformidad con lo anterior, debe reiterarse, que las excepciones previas por regla general no tienen la virtud de terminar el proceso, pues son susceptibles de ser saneadas por el juez de instancia dentro del trámite del mismo, ya sea al momento de admitir la demanda o en el curso de la audiencia inicial, en cualquiera de sus etapas, todo con el fin de evitar fallos inhibitorios y propender por una justicia material*** *(...)*[2]*".* (Destacado por la Sala)

Concretamente la excepción previa de ineptitud de la demanda la misma se encuentra contenida en el numeral 5 del artículo 100 del C.G.P., "*Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda: (...) 5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones (...)".*

Ésta Corporación en reciente providencia de 5 de octubre de 2016, con ponencia de la Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, respecto al alcance de la ineptitud de la demanda como excepción previa en el proceso contencioso administrativo, precisó lo siguiente:

> *"(...) Es decir que las excepciones previas no tienen como finalidad acelerar la terminación del proceso, sino, en primer lugar, mejorarlo, enderezarlo, sanearlo o encaminar el trámite del proceso, la terminación es excepcional superadas todas las posibilidades que permitan su continuación para lograr sentencia de fondo. Pero, además, debe el juez establecer con toda precisión si ella fue formulada como previa o mixta, a fin de tener claridad sobre el momento en que debe abordar su estudio.*
>
> *Ahora en cuanto se refiere a la ineptitud formal de la demanda, ella es considerada saneable, a la luz de la doctrina y, si a ello se suma, la necesidad de prodigar justicia resolviendo de fondo el asunto, nada más contrario a la tutela judicial efectiva que admitir una demanda, se presume, porque reúne los requisitos formales, para luego, omitir el posible saneamiento y recorrer el camino de la terminación del proceso, precisamente para evitar una sentencia de fondo.*
>
> *La excepción de ineptitud de la demanda, no tiene sello de finalización del proceso, el efecto deseado por el legislador es el de "enderezar" hacia la sentencia de fondo, no busca, indefectiblemente, terminarlo sin ningún esfuerzo del juzgador por dirigirlo a una sentencia que defina la controversia, bajo el argumento que continuarlo impondría una sentencia inhibitoria, pues este entendimiento se daría mayor importancia a la forma que a la*

[2] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A. Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-36-000 2015-00513-01(56806)

materialización del derecho de acceso a la administración de justicia (...)[3]". (Destacado por la Sala)

Así las cosas, la eventual existencia de una excepción previa como la ineptitud formal de la demanda, no tiene como finalidad poner fin al proceso, sino que por el contrario, ésta es una herramienta procesal que le permite al juez de ser posible, encauzar el proceso hacia una decisión de fondo, garantizando de ésta forma el derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia.

4. Caso concreto

Descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala que las pretensiones de la demanda se encuentran orientadas a que se declare la existencia de un contrato realidad entre el señor Pedro Jesús Correa Daza y el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, en el periodo comprendido entre el 27 de julio de 2005 y el 17 de febrero de 2014 en el cargo de instructor, en razón a que dicho empleo forma parte de la planta de personal de la entidad; lo anterior en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas.

Tal como se indicó en precedencia, el problema jurídico que debe abordar la Sala, se contrae a determinar si en el presente asunto en donde se debate la existencia de un contrato realidad entre el demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, hay lugar a exigir la conciliación extrajudicial como requisito previo a demandar, ello teniendo en cuenta que se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En primer lugar el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, establece la conciliación como requisito previo a demandar en los siguientes términos:

*"**Artículo 161. Requisitos previos para demandar**. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

*1. **Cuando los asuntos sean conciliables**, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales (...)".* (Destacado por la Sala)

Sin embargo, si bien la norma en mención establece como requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial previa a impetrar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cierto es que no todos

[3] Tribunal Administrativo de Boyacá. M.P. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, 5 de octubre de 2016. Rad. No. 15001333301520160011702.

los asuntos que se ventilen bajo éste medio de control, se encuentran sujetos al cumplimiento de éste requisito.

Lo anterior por cuanto a efectos de establecer si en un determinado asunto es dable exigir la conciliación como requisito de procedibilidad, se debe partir del supuesto según el cual la conciliación puede recaer sobre derechos que tengan el carácter de inciertos y discutibles tal como expresamente lo indica el artículo 161 ibídem; a más de ello, no debe perderse de vista que el mismo Decreto 1716 de 2009, norma que reglamenta la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, establece algunos casos en los que no se requiere agotar el requisito aquí estudiado[4].

Ha de destacarse que precisamente el artículo 53 de la Constitución Política, por medio del cual se establecen los principios mínimos fundamentales en materia laboral, uno de los cuales es la posibilidad de intentar la conciliación cuando se esté en presencia de derechos inciertos y discutibles, lo cual visto de manera negativa, implica entender que la conciliación no podrá exigirse como requisito de procedibilidad pese a que se trate del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se esté en presencia de derechos laborales ciertos e indiscutibles, asunto que se definirá de acuerdo a las particularidades del caso concreto.

En tal sentido en el presente asunto encuentra la Sala que las pretensiones de la demanda se encuentran orientadas a lograr la declaratoria de existencia un contrato de trabajo a través de la aplicación del principio de realidad sobre las formalidades "contrato realidad", tema que fue objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, en donde concluyó que en éstos asuntos no es exigible la conciliación como requisito previo a demandar; en efecto, indicó la Alta Corporación:

> *"(...) Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo a la demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite), en armonía con el principio de prevalencia del derecho sustancial (...)[5]".*

---

[4] En efecto, el parágrafo 1° del artículo primero del Decreto 1716 de 2009 dispone lo siguiente: "*Parágrafo 1°. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo: – Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario, – Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, – Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado*".

[5] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Exp. 2300-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016.

Así la cosas, de acuerdo a lo expuesto en precedencia y particularmente la Sentencia de Unificación antes reseñada, como quiera que en el presente caso se pretende la declaración de un contrato realidad entre el señor Pedro Jesús Correa Daza y el Servicio Nacional de Aprendizaje, fuerza concluir que en el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no es dable exigir la conciliación como requisito de procedibilidad, en tanto se encuentran involucrados derechos laborales de carácter irrenunciable, lo cual comporta un carácter de cierto e indiscutibles y por tanto no conciliables.

Ya ésta Corporación se había pronunciado en igual sentido, en providencia del 28 de septiembre de 2017[6], con ponencia del Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros en donde se precisó que en asuntos como el aquí debatido (contrato realidad) no es necesario ni exigible que se cumpla con el requisito de procedibilidad, en tanto se trata de derechos ciertos e indiscutibles.

En suma como quiera que en el presente asunto no es dable exigir la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho orientado al reconocimiento de un "contrato realidad", habrá de confirmarse la decisión adoptada por el juez de primera instancia que declaró no probada la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales-conciliación extrajudicial.

IV. COSTAS

En materia de costas, el artículo 188 del C.P.A.C.A, acogió el régimen objetivo del Código General del Proceso para su imposición, por lo que debe entenderse que al tenor del artículo 361 de este último, las costas se encuentran integradas por las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho.

Así las cosas, conforme al artículo 365 del C.G.P. en principio, se condenará en costas a la parte que, como en el presente caso, se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

No obstante, el numeral 8º del artículo 365 en mención, señala que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, aspecto que no se encuentra demostrado en el presente asunto.

Por consiguiente, la Sala se abstendrá de imponer condena en costas dentro de las presentes actuaciones.

---

[6] Rad: 15001333301320160015101

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la decisión a la cual llegó el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante el auto de 13 de diciembre de 2017 en desarrollo de la audiencia inicial, por lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez en firme este proveído, devuélvanse las presentes diligencias al Juzgado de origen. Déjense las anotaciones que sean del caso.

Notifíquese y cúmplase.

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

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso
FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

11

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 24 ENE 2018

Demandante	Irma Beatriz Sánchez Herrera.
Demandado	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP.
Expediente	15001333300320160010801
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Asunto	Auto admite recurso de apelación.

De acuerdo al informe secretarial visible a folio 188, se encuentra el expediente al Despacho, a efecto de pronunciarse del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que ésta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (Art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, el día 9 de agosto de 2017 (Fls. 141 a 148), notificada a las partes en estrados. Entre tanto, el escrito de apelación se presentó en oportunidad y fue debidamente sustentado (Fls. 157 a 176).

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, éste Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto el 15 de agosto de 2017, por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia del 9 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[1] de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

---

[1] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. ___ Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial.
Hoy, 6 siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 23 JUN 2016

Accionante	Pedro Said Otálora Muñoz.
Accionado	Colpensiones.
Expediente	150013333-003-2016-00115-01.
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho.

Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación y sin que las partes soliciten pruebas, el Despacho prescindirá de la audiencia de alegatos y juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A.

Conforme con lo anterior, ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público, para que presenten sus alegaciones finales.

Por lo que se dispone:

PRIMERO: CORRER TRASLADO a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión.

SEGUNDO: Vencido el término concedido a las partes, se le dará traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que emita su concepto[1].

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno de conformidad con lo señalado en el 4º del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

[1] Artículo 623 del CGP.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, 7 de febrero de 2020 siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja,

Demandante	Ernesto Enciso Martínez
Demandado	La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG
Expediente	15001-33-33-003-2016-00119-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Corre traslado para alegatos

Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación y no habiendo pruebas por decretar en esta instancia, el Despacho prescindirá de la audiencia de alegatos y juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A.

En consecuencia se ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegaciones finales.

Por lo anterior, el Despacho Nº 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE

PRIMERO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión.

SEGUNDO: Vencido el término concedido a las partes, se le da traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que emita su concepto.

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno de conformidad con lo señalado en el 4º del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 44 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

_____
Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 25

Demandante	Ana Inés Mendoza Vargas
Demandado	Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente	15001333300420170009-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Asunto	Auto admite recurso de apelación.

De acuerdo al informe secretarial visible a folio 164, se encuentra el expediente al Despacho, a efecto de pronunciarse de los recursos de apelación interpuestos en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que ésta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (Art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama el día 20 de septiembre de 2017 (Fls 134 a 143), notificada a las partes por correo electrónico. Entre tanto, los escritos de apelación fueron presentados en oportunidad (Fls 147,148, 149 a 154) y fueron debidamente sustentados.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue de carácter condenatorio, a folio 161 se encuentra la celebración de la audiencia establecida en el inciso 4 art. 192 del CPACA.

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, éste Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto el 21 de septiembre de 2017, por el apoderado de la parte demandante y el recurso de apelación presentado el 29 de septiembre de 2017 por la apoderada de la

parte demandada, en contra la sentencia del 20 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[1] de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[1] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 12 OCT 2017

Demandante	María Custodia Parra Bernal
Demandado	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales
Expediente	15001333300420170001201
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Asunto	Auto admite recurso de apelación.

De acuerdo al informe secretarial visible a folio 121, se encuentra el expediente al Despacho, a efecto de pronunciarse del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que ésta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (Art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama el día 29 de septiembre de 2017 (Fls 104 a 110), notificada a las partes por correo electrónico. Entre tanto, el escrito de apelación fue presentado en oportunidad (Fls 112 a 114) y fue debidamente sustentado.

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, éste Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto el 10 de octubre de 2017, por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 29 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[1] de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[1] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 2 [illegible]

Demandante	Jefferson Vladimir López Cifuentes
Demandado	Municipio de Tunja
Expediente	15001-33-33-006-2014-00048-01
Medio de control	Reparación Directa
Tema	Sentencia de segunda instancia

Decide la Sala el recurso de apelación formulado tanto por el apoderado de la entidad demandada (Fls 382 a 386) como por el apoderado de la parte demandante (Fls 387 a 401), en contra la sentencia del 30 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (Fls. 396 a 375).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (Fls. 2 a 29).

El señor Jefferson Vladimir López Cifuentes a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa previsto en el artículo 140 del C.P.A.C.A., solicitó se declare administrativa y patrimonialmente responsable al Municipio de Tunja, como consecuencia de la falla en el servicio consistente en la omisión del deber funcional a cargo del Alcalde Mayor y de la Secretaría de Educación Municipal de Tunja de aceptar oportunamente la renuncia al cargo presentada por el rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, impidiendo de ésta manera la generación de una vacancia definitiva en dicho empleo, a fin de ser provisto con la lista de elegibles que encabezaba el demandante, ocasionándole la pérdida de oportunidad de ascenso profesional.

Como consecuencia de lo anterior y a título de reparación solicita la indemnización de los daños patrimoniales derivados de la pérdida de la oportunidad o chance de asenso profesional, lo cual corresponde a las diferencias salariales, prestacionales y pensionales que resultan de las diferencias de sueldo que debería percibir en el cargo de rector desde el 5 de marzo de 2012 (fecha de fenecimiento de la lista de elegibles) y las

causadas a futuro durante su vida laboral y su posterior vida probable, luego de adquirir el derecho pensional.

De igual forma solicita la indemnización de los perjuicios morales ocasionados, así como el daño a la vida en relación, ocasionados por la falla en el servicio de la entidad demandada.

1.1 Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

Afirmó la parte demandante que participó en la convocatoria No. 98 de 2009 efectuada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer el cargo de rector de una institución educativa del Municipio de Tunja, luego de lo cual integró la lista de elegibles ocupando el tercer lugar; dicha lista de elegibles tenía una vigencia de dos años, contados desde el 05 de marzo de 2010 al 05 de marzo de 2012.

Señaló que los dos primeros puestos de la lista de elegibles fueron nombrados como rectores, razón por la cual entró a encabezar la lista de elegibles, quedando a la espera de que se produjera una vacante definitiva para materializar su derecho a ser nombrado en el cargo de rector en una Institución Educativa del Municipio de Tunja.

Adujo que el 11 de enero de 2012, el entonces rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, Luis Miguel Coronado Jiménez presentó renuncia irrevocable ante el Alcalde y Secretario de Educación de Tunja; razón por la cual el demandante con fecha 13 de enero de 2012 elevó petición solicitando se resolviera la renuncia irrevocable del rector y de otra que se diera trámite al sistema de méritos para proveer el cargo.

Indicó que el 30 de enero de 2012 el señor Luis Miguel Coronado Jiménez reiteró la renuncia irrevocable advirtiendo afectaciones de salud, frente a lo cual la Secretaría de Educación de Tunja con fecha 02 de febrero de 2012 informó que atendería tal asunto, dentro del término de 30 días concedido en el Decreto No. 1950 de 1973, lo cual no ocurrió.

Señaló que el 16 de marzo de 2012, cuando ya había fenecido la lista de elegibles, la Secretaria de Educación de Tunja resolvió de fondo las peticiones del demandante, informándole que para esa fecha aún no se había generado la vacante que hiciera posible el nombramiento en el cargo de rector.

Adujo que el señor Luis Miguel Coronado Jiménez con fecha 20 de abril de 2012, radicó nuevamente escrito de renuncia irrevocable al cargo de rector, la cual fue aceptada de manera inmediata por la entidad demandada a través del Decreto No. 0147 de 27 de abril de 2012, con efectos a partir del 01 de mayo de 2012.

Aseveró que el Municipio de Tunja, a pesar de haber aceptado la renuncia al cargo de rector, omitió utilizar la lista de elegibles del orden nacional para la provisión de dicho cargo, la cual se vencía el 12 de mayo de 2012, y solo hasta el 01 de junio de dicha anualidad designó rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja; posteriormente fue aceptado el traslado a dicho cargo al docente Mauricio Fonseca Álvarez.

Finalmente señaló que desde el día 11 de enero de 2012, la comunidad educativa de la institución educativa, su círculo familiar, el entorno de amigos, asumieron que él sería el próximo rector de esa institución, lo cual finalmente no ocurrió, generando perjuicios de orden moral que deben ser indemnizados.

1.2 Fundamentos de derecho

Como fundamento jurídico de sus pretensiones, señaló que con la omisión sistemática y deliberada de los deberes funcionales por parte del Alcalde Mayor de Tunja y de su Secretaria de Educación, generaron una falla en el servicio que produjo una pérdida de oportunidad que le asistía de ascender profesionalmente al cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja.

Adujo que la administración municipal omitió el cumplimiento de los deberes funcionales previstos en los artículos 1, 11, 12, 85 y 315 de la Constitución pues se abstuvo por completo de tramitar la renuncia irrevocable presentada por el rector el 11 de enero de 2012, pese a que éste la había reiterado el 30 de enero del mismo año; precisó que el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973 imponía al Alcalde Mayor el deber de aceptar la renuncia irrevocable a más tardar dentro de los treinta (30) días posteriores a su presentación, pese a lo cual no se procedió en tal forma.

Señaló que la entidad demandada no podía extralimitarse en sus funciones, invitando al rector renunciante a quedarse en el cargo u omitiendo resolver la renuncia irrevocable, a pesar de que éste había informado que su condición de salud afectaba o perturbaba la prestación del servicio público.

Adujo que la administración municipal omitió su deber de aceptar la renuncia irrevocable y evitó por esa vía que se generara la vacancia definitiva en el

cargo de rector, evitando tener que proveerlo con la lista de elegibles, la cual estaba vigente para la época en que el rector radicó y reiteró su renuncia al cargo.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 Municipio de Tunja

Dentro del término procesal correspondiente, el apoderado del Municipio de Tunja, presentó contestación de la demanda (Fls 215 a 223), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual expone lo siguiente:

Que de acuerdo con el Decreto 1950 de 1978, así como se le otorga al funcionario la facultad de renunciar libremente a su cargo en cualquier momento, también le permite desistir de ella de manera tácita, ello por cuanto la norma indica que en el evento en que la autoridad no se pronuncie, el funcionario puede continuar en el desempeño de su cargo, caso en el cual la renuncia no produciría efecto alguno.

En tal sentido en el presente caso el señor Luis Miguel Coronado Jiménez desistió tácitamente de la renuncia presentada al continuar en el ejercicio de su cargo, una vez vencido el término de los 30 días que tenía la administración para pronunciarse sobre la misma.

Adujo que la Administración Municipal no podía presionar el retiro del servicio del señor Luis Miguel Coronado Jiménez so pretexto de nombrar en periodo de prueba al accionante, toda vez que éste último debe someterse a ser nombrado en estricto orden de elegibilidad en el evento en que exista la vacante y en esa medida más que un derecho adquirido, se trata de una expectativa de entrar en la carrera docente.

Señaló que el 17 de abril de 2012 el señor Coronado Jiménez presentó renuncia a su cargo como directivo docente, está vez sustentado no en razones de enfermedad, sino por la obligación legal de retirarse del servicio por acercarse a la edad de retiro forzoso, razón por la cual el Municipio de Tunja estaba en la obligación de aceptarla, lo cual ocurrió mediante el Decreto No. 0147 de 23 de abril de 2012.

Propuso como excepciones las siguientes:

i) Caducidad de la acción: Señaló que en el presente caso hay caducidad por cuanto la renuncia al cargo del señor Luis Miguel Coronado Jiménez fue presentada el 11 de enero de 2012, razón por la cual la Administración municipal tenía hasta el 22 de febrero del mismo año para aceptarlo o no,

En tal sentido aseguró que en el presente caso se presentó una falla en la prestación del servicio estatal por el retardo en ineficiencia del Municipio de Tunja dado que i) actuó tardíamente, ii) el servicio se prestó en forma diferente, desconociendo el término que la misma entidad había indicado para resolver la petición de renuncia, iii) el servicio se prestó en forma diferente sin que hubiera justa causa para ello, en dos momentos distintos: antes y después del vencimiento de la lista de elegibles que encabezaba el demandante.

En lo que tiene que ver con la indemnización de perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad adujo que lo procedente no es el reconocimiento del valor total de la desventaja que la cual fue privado el perjudicado, sino que se debe tener en cuenta es el "chance" perdido, que será un valor inferior a aquellos eventos en que habría a reconocer por el daño final.

En el caso del señor Jefferson Vladimir López Cifuentes concluyó luego de hacer referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado, que si bien se accederá a la pretensión de indemnizar la perdida de oportunidad de la que fue víctima, la cual se hará teniendo en cuenta las diferencias entre las escalas salariales del docente grado 14 y de rector grado 14 de la Escuela Normal, lo cierto es no es posible efectuar la liquidación conforme lo pretende la parte demandante, sino que el plazo máximo indemnizable es el que establezca la ley para la calificación de desempeño o evaluación docente.

Lo anterior por cuanto según lo sostuvo la *a quo*, luego de superar el término de calificación, el perjuicio (perdida de oportunidad), se torna apenas en hipotético o eventual en tanto la permanencia del demandante en el cargo del rector de la Escuela Normas Superior Santiago de Tunja no estaba garantizada, sino que dependía de los resultados que obtuviera en la correspondiente evaluación de desempeño.

Para el caso de los docentes señaló que de acuerdo con el Decreto 1278 de 2002, la evaluación del desempeño docente se realizará al culminar el año académico, ello en concordancia con la Ley 115 de 1994, razón por la cual el periodo a indemnizar para el caso del demandante corresponde al periodo de tiempo desde marzo a diciembre de 2012 que correspondería al año académico evaluable.

De igual forma concluyó que había lugar a indemnizar los perjuicios morales así como alteración en las condiciones de existencia, por cuanto a más de configurarse la pérdida injustificada de oportunidad del demandante, también se probó que éste experimento sentimientos de tristeza, desilusión,

razón por la cual el término de dos años se cuenta a partir del 23 de febrero de 2012 y se prolongaba hasta el 22 de febrero de 2014, mientras que la solicitud de conciliación extrajudicial se presentó solo hasta el 05 de marzo de 2014.

ii) Cobro de lo no debido: Adujo que el cobro de los daños morales y materiales no resulta procedente por cuanto la acción se encuentra caducado.

3.- SENTENCIA APELADA (Fls 346 a 375)

El Juzgado Sexto Administrativo Oral de Tunja, mediante sentencia de fecha 30 de junio de 2015, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Luego de hacer referencia a las pruebas allegadas al plenario concluyó que si bien es cierto el Municipio de Tunja contaba con la facultad para solicitarle al señor Luis Miguel Coronado Jiménez el retiro de la renuncia que había presentado el día 11 de enero de 2012, siendo la comunicación del 30 de enero siguiente una ratificación de la primera, lo cierto es que la entidad apenas se limitó a indicarle que su petición sería tramitada en el término de 30 días hábiles, plazo durante el cual no se resolvió nada sobre el particular.

Señaló la *a quo* que en el último escrito de renuncia presentado por el señor Luis Miguel Coronado Jiménez el 20 de abril de 2012 indicó los mismos argumentos presentados en el escrito de 30 de enero de 2012, esto es, su deteriorado estado de salud y la cercanía a cumplir la edad del retiro forzoso; no obstante lo cual, el Municipio de Tunja pese a haber desatendido el escrito de renuncia presentado el 11 de enero de 2012, procedió a dar trámite a la última petición incluso antes del término de 30 días previsto en el Decreto 1950 de 1973, cuando ya había perdido vigencia la lista de elegibles encabezada por el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes.

Indicó que el Municipio de Tunja y la Secretaría de Educación omitieron el deber funcional de aceptar oportunamente la renuncia irrevocable presentada por el rector Luis Miguel Coronado Jiménez, retardándola y diferenciándola sin justa causa, pese a que la misma entidad demandada había indicado un plazo específico en el cual atendería los deberes que finalmente fueron desconocidos y omitidos, ello con la finalidad de frenar la generación de la vacancia definitiva del empleo que luego debía ser provisto con la lista de elegibles encabezada por el aquí demandante Jefferson Vladimir López Cifuentes, con lo cual se produjo una pérdida de oportunidad de ascender profesionalmente del cargo de docente al cargo de rector.

ascenso en el escalafón de tales docentes, contrario a lo que ocurre con el nuevo Estatuto Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002.

Adujo que no existe ley que permita que los docentes y directivos docentes vinculados mediante el Decreto 2277 de 1979 sean pasibles de ser retirados del cargo por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, toda vez que la validez y eficacia de un sistema está subordinada a una ley sobre la materia, la cual hasta el momento no ha sido expedida.

De igual forma señaló que no existe prueba legalmente incorporada que hubiere desvirtuado el juramento estimatorio presentado por el demandante con el carácter de prueba, cuyo alcance solo se desvirtuaría a partir de las posibilidades entregadas en el Código General del Proceso, el cual goza de pleno alcance probatorio y debe ser tenido en cuenta para determinar el quantum indemnizatorio.

Indicó que conforme a las reglas de la experiencia es inexistente la población de directivos docentes que han sido apartados del servicio como consecuencia de una calificación insatisfactoria, máxime cuando no existe norma que permita a los docentes y directivos docentes vinculados mediante el Decreto 2277 de 1979 que sean sujetos de dicha evaluación, como si ocurre con los docentes del Decreto 1278 de 2002.

Adicionalmente adujo que el fallo de primera instancia adolece de falsa motivación por inadecuada aplicación del criterio auxiliar de interpretación como lo fue la sentencia del Consejo de Estado de 28 de febrero de 2013, toda vez que el asunto allí estudiado no guarda mismidad con el caso aquí debatido.

5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Parte demandante (Fls 451 a 459)

El apoderado de la parte demandante dentro del término procesal correspondiente presentó alegatos de conclusión, en los que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

desencanto y desaliento, así como se afectó la condiciones de su existencia, los cuales tazó en 30 SMMLV cada uno.

4.- RECURSO DE APELACION

4.1 Municipio de Tunja (Fls 382 a 386)

Con escrito de 14 de julio de 2015, el apoderado del Municipio de Tunja presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por la *a quo*, para lo cual argumentó lo siguiente:

Afirmó que no hay lugar a declarar responsable administrativamente al Municipio de Tunja por la presunta pérdida de oportunidad del demandante, por cuanto para la época de los hechos, sólo existían vacancias para las instituciones educativas Antonio José Sandoval y Rural del Sur, toda vez que la vacancia provista para la Escuela Normal Superior fue retirada por provisión preferente de un traslado efectuado.

Aseguró que no es cierto que la administración del Municipio de Tunja haya vulnerado el derecho a acceder al cargo de rector de la Escuela Norma Superior Santiago de Tunja, toda vez que el derecho jamás se concretó, en tanto dicho cargo nunca estuvo vacante, existiendo una mera expectativa por parte del demandante.

4.2 Parte demandante (Fls 387 a 401)

El apoderado de la parte demandante dentro del término procesal correspondiente con fecha 15 de julio de 2015, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia solicitando se acceda a la totalidad de la indemnización solicitada en la demanda, para lo cual argumentó lo siguiente:

Que la razón que llevó a la *a quo* a denegar la indemnización deprecada por el demandante y proceder a limitarla exclusivamente al periodo corrido entre los meses de marzo a diciembre de 2012, se cimientan en la existencia de una supuesta norma que supedita la permanencia en el cargo de todos los docentes y directivos docentes a la calificación satisfactoria anual de desempeño, norma que no existe en el régimen laboral que aplica al caso del demandante.

En tal sentido señaló que la norma aplicable al caso del demandante es el Decreto 2277 de 1979 norma que no establece como criterio legal de permanencia en el cargo la evaluación satisfactoria de desempeño como tampoco contempla la evaluación satisfactoria de competencias para obtener

El artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a la competencia del Tribunal Administrativo, señala que éste, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados Administrativos; en tal virtud, con fecha 30 de junio de 2015, fue proferida sentencia por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, razón por la cual, le corresponde a ésta Corporación resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante y apoderado de la entidad demandada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el recurso interpuesto tanto por la parte demandante como por el apoderado de la entidad demandada contra la decisión de primera instancia, corresponde a ésta Sala establecer en el presente asunto, en primer lugar si hay lugar a declarar administrativa y extracontractualmente responsable al Municipio de Tunja por los daños presuntamente ocasionados al demandante como consecuencia de la perdida de oportunidad de acceder al cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja.

En segundo lugar y en caso de ser afirmativa la respuesta al anterior problema jurídico, deberá la Sala verificar el quantum indemnizatorio por los perjuicios ocasionados por la pérdida de oportunidad del demandante, para lo cual se deberá determinar el criterio a fin de determinar el valor de la reparación.

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por la *a quo*

Su decisión se encaminó a acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda en tanto luego de hacer referencia a las pruebas allegadas al plenario concluyó que hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa del Municipio de Tunja por cuanto existió una falla en el servicio.

En efecto adujo que existió una omisión en el deber funcional de aceptar oportunamente la renuncia irrevocable presentada por el rector Luis Miguel Coronado Jiménez, retardándola y diferenciándola sin justa causa, pese a que la misma entidad demandada había indicado un plazo específico en el cual atendería los deberes que finalmente fueron desconocidos y omitidos, ello con la finalidad de frenar la generación de la vacancia definitiva del

empleo que luego debía ser provisto con la lista de elegibles encabezada por el aquí demandante Jefferson Vladimir López Cifuentes, con lo cual se produjo una pérdida de oportunidad de ascender profesionalmente del cargo de docente al cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja.

En lo que tiene que ver con la indemnización de perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad adujo que lo procedente no es el reconocimiento del valor total de la desventaja de la cual fue privado el perjudicado, sino que se debe tener en cuenta es el "chance" perdido, que será un valor inferior a aquellos eventos en que habría a reconocer por el daño final.

En el caso del señor Jefferson Vladimir López Cifuentes concluyó luego de hacer referencia a jurisprudencia del Consejo de Estado, que si bien se accederá a la pretensión de indemnizar la perdida de oportunidad de la que fue víctima, la cual se hará teniendo en cuenta las diferencias entre las escalas salariales del docente grado 14 y de rector grado 14 de la Escuela Normal, lo cierto es no es posible efectuar la liquidación conforme lo pretende la parte demandante, sino que el plazo máximo indemnizable es el que establezca la ley para la calificación de desempeño o evaluación docente.

Lo anterior por cuanto según lo sostuvo la a quo, luego de superar el término de calificación, el perjuicio (perdida de oportunidad), se torna apenas en hipotético o eventual en tanto la permanencia del demandante en el cargo del rector de la Escuela Normas Superior Santiago de Tunja no estaba garantizada, sino que dependía de los resultados que obtuviera en la correspondiente evaluación de desempeño, tal como lo establece el Decreto 1278 de 2002.

De igual forma concluyó que había lugar a indemnizar los perjuicios morales así como alteración en las condiciones de existencia, por cuanto a más de configurarse la pérdida injustificada de oportunidad del demandante, también se probó que éste experimento sentimientos de tristeza, desilusión, desencanto y desaliento, así como se afectó la condiciones de su existencia, los cuales tazó en 30 SMMLV cada uno.

b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante/ Municipio de Tunja

Su inconformidad radica en que según su dicho, no hay lugar a declarar responsable administrativamente al Municipio de Tunja por la presunta pérdida de oportunidad del demandante, por cuanto para la época de los hechos, sólo existían vacancias para las instituciones educativas Antonio José Sandoval y Rural del Sur, toda vez que la vacancia provista para la

Escuela Normal Superior fue retirada por provisión preferente de un traslado efectuado y en tal sentido nunca existió vacante definitiva, razón por la cual para el demandante existía una mera expectativa.

c) Tesis argumentativa propuesta por el apelante/parte demandante

El objeto del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia se orienta a que se acceda a la totalidad de la indemnización solicitada en la demanda, argumentando al efecto que la norma aplicable al caso del demandante es el Decreto 2277 de 1979 no establece como criterio legal de permanencia en el cargo la evaluación satisfactoria de desempeño como tampoco contempla la evaluación satisfactoria de competencias para obtener ascenso en el escalafón de tales docentes, contrario a lo que ocurre con el nuevo Estatuto Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, norma ésta última que fue aplicada indebidamente por el Juzgado.

Adujo que no existe ley que permita que los docentes y directivos docentes vinculados mediante el Decreto 2277 de 1979 sean pasibles de ser retirados del cargo por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, toda vez que la validez y eficacia de un sistema está subordinada a una ley sobre la materia, la cual hasta el momento no ha sido expedida.

Adicionalmente adujo que el fallo de primera instancia adolece de falsa motivación por inadecuada aplicación del criterio auxiliar de interpretación como lo fue la sentencia del Consejo de Estado de 28 de febrero de 2013, toda vez que el asunto allí estudiado no guarda mismidad con el caso aquí debatido.

En suma solicitó que sea modificado el fallo de primera instancia en cuanto a la indemnización por la pérdida de oportunidad y se paguen las diferencias salariales y prestaciones causadas desde el vencimiento de la lista de elegibles y hasta la edad de retiro forzoso y hasta su posterior vida probable con el reconocimiento de la pensión.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Esta Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia por considerar en primer lugar que en el presente asunto se encuentra configurada una falla en el servicio por parte del Municipio de Tunja al no dar trámite en debida forma a la renuncia irrevocable presentada por el señor Luis Miguel Coronado Jiménez, lo cual ocasionó que durante la vigencia de la lista de elegibles establecida en la Resolución No. 1045 de 2010, de la cual el aquí demandante ocupaba el primer lugar, no se generará la vacancia

definitiva del cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja.

De igual forma dirá la Sala que en el presente asunto se cumple con los requisitos para que se configure el daño autónomo de pérdida de la oportunidad, a saber: *i)* falta de certeza o aleatoriedad en el resultado esperado, *ii)* la certeza de la existencia de una oportunidad y *iii)* la pérdida definitiva de la oportunidad del señor Jefferson Vladimir López Cifuentes a ser nombrado en el cargo de rector de la Escuela Superior Santiago de Tunja, lo cual comporta un daño antijurídico, el cual es imputable a la entidad demandada, razón por la cual tal como lo concluyó la *a quo* hay lugar a declarar su responsabilidad.

Se indicará que en tratándose de la indemnización de la pérdida de oportunidad, lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar, monto indemnizatorio que debe establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente se esperaba percibir, en razón de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino, acudiendo para ello a criterios como la equidad.

En esa medida no es posible acceder a la totalidad de los valores reclamados por la parte demandante por éste daño, por cuanto lo que se indemnizará no es el beneficio que se espera recibir de haber sido nombrado en el cargo de rector de una Institución Educativa del Municipio de Tunja, sino que de lo que se trata es de reparar la pérdida de la oportunidad de haber obtenido dicha ganancia o beneficio.

A efectos de adoptar un criterio objetivo que permita determinar el monto de la indemnización debida en ésta caso, la Sala considera adecuado tener en cuenta para tal el efecto, la diferencia salarial que hubiere podido recibir el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes de haber sido nombrado en el cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, con respecto a la asignación salarial que tenía asignada como docente vinculado en propiedad en el grado 14, tal como lo señaló la *a quo*, pero únicamente por la vigencia del periodo de prueba previsto en el Acuerdo No 070 de 2009.

Finalmente dirá la Sala que en el presente asunto no hay lugar al reconocimiento del perjuicio inmaterial denominado alteración en las condiciones de existencia, razón por la cual la Sala modificará el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, a efectos de precisar que en el presente asunto únicamente hay lugar a

indemnización por perdida de la oportunidad en la suma de $22.572.818 y por daño moral el equivalente a 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: *i)* De las pruebas allegadas al proceso, *ii)* Clausula general de responsabilidad extracontractual del Estado, *iii)* De los elementos de la responsabilidad, *iii),* De la pérdida de oportunidad, para finalmente entrar a resolver el *iv)* Caso Concreto.

3. DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

Al plenario fueron allegados los siguientes elementos de prueba útiles a efectos de resolver el problema jurídico planteado:

- Copia del Acuerdo No. 070 de 25 de marzo de 2009 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de docentes y directivos docentes de instituciones educativas oficiales del Municipio de Tunja-Convocatoria No. 098 de 2009, en donde respecto al nombramiento en periodo de prueba, disponía lo siguiente (Fls 30 a 42):

  > *"Artículo 45. Nombramiento en periodo de prueba. Una vez concluida la Audiencia Pública, el Municipio de Tunja tiene tres (3) días hábiles para producir el acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba, el cual tendrá una duración hasta culminar el año académico escolar en el cual fue nombrado, siempre y cuando haya desempeñado el cargo por lo menos durante cuatro (4) meses. Caso contrario, el periodo de prueba termina al finalizar el año académico siguiente al cual fue nombrado.*
  >
  > *Parágrafo. (Adicionado por el Artículo 3 del Acuerdo 098 de 2009) Los directivos docentes que superen el periodo de prueba, serán inscritos en el Escalafón de acuerdo con el título que acrediten, de conformidad con lo definido por el Decreto 1278 de 2002, salvo los servidores estatales nombrados en propiedad en un cargo público docente regidos por el Decreto 2277 de 1979, quienes, sin solución de continuidad, conservarán las condiciones establecidas por este Estatuto. Su cargo docente o directivo docente de origen, sólo podrá ser provisto de manera temporal hasta tanto el servidor supere el periodo de prueba en el nuevo cargo. Si no lo superan serán regresados a su cargo de origen".*

- Mediante la Resolución No. 1045 de 24 de febrero de 2010, la Comisión Nacional de Servicio Civil adoptó la Lista de elegibles del concurso de méritos para proveer empleos de Directivos Docentes Rectores de instituciones educativas del Municipio de Tunja, en la cual se evidencia

que el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes ocupó el tercer lugar (Fls 43, 44).

- Fue allegada copia del acta de audiencia pública de escogencia de Instituciones Educativas celebrada en la Secretaría de Educación del Municipio de Tunja con fecha 30 de abril de 2010, en donde los señores Julio Ricardo Estupiñan Cáceres y Juan Carlos Gonzáles Galindo quienes ocuparon el primero y segundo lugar dentro de la lista de elegibles adoptada a través de la Resolución 1045 de 24 de febrero de 2010, fueron designados para ejercer el cargo de rector en las Instituciones Educativas Antonio José Sandoval e Institución Rural del Sur respectivamente (Fls 45 a 53).

- Mediante oficio de fecha 11 de marzo de 2014, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en comunicación dirigida al aquí demandante, certificó que la lista de elegibles adoptada mediante la Resolución No. 1045 de 24 de febrero de 2010 tendría una vigencia de dos años, los cuales se prologaron hasta el 05 de marzo de 2012 (Fl 54).

- A través de escrito suscrito por el señor Luis Miguel Coronado Jiménez en su condición de Rector de la Institución Educativa Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, con fecha 11 de enero de 2012, dirigido al Alcalde de Tunja así como a la Secretaria de Educación Municipal, presentó renuncia irrevocable a su cargo, justificando tal petición en lo siguiente (Fl 55):

  "(...) Les comunico a ustedes mi decisión de finalizar la relación laboral (...) en calidad de Rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, renunciando de forma irrevocable a dicho cargo a partir del 31 de enero de 2012 (...).

  Con el fin de evitar traumatismos en el normal funcionamiento de la institución, ruego sea aceptada mi renuncia irrevocable a la mayor brevedad y se designe el reemplazo de acuerdo a la normatividad vigente, siendo conocedor que actualmente hay una lista de elegibles para dicho cargo (...)".

- A folios 56 a 58, obra petición formulada por el aquí demandante con destino al Alcalde y Secretaria de Educación del Municipio de Tunja en el que solicita convocar a audiencia pública a efectos de escoger la plaza de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja.

- Mediante comunicación de fecha 30 de enero de 2012 el señor Luis Miguel Coronado Jiménez reitera su petición de renuncia irrevocable al cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, en donde afirmó lo siguiente (Fl 59):

- Mediante Decreto No. 0212 de 01 de junio de 2012, el Alcalde y Secretaria de Educación del Municipio de Tunja, en razón a que el cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja se encontraba vacante desde el 01 de mayo de 2012, otorgó comisión para desempeñar dicho cargo a la señora Marbel Elena Cepeda Novoa quien fungía como Coordinadora de dicha institución (Fl 78, 79).

- Copia del Decreto No. 0827 de 25 de abril de 2012, por medio del cual el Departamento Administrativo de la Función Pública, establece la remuneración para el año 2012 de los servidores públicos docentes y directivos docentes que se rigen por el Decreto 2277 de 1979 (Fls 116 a 122).

- Copia de la Hoja de vida del señor Jefferson Vladimir López Cifuentes (Fls 137 a 139).

- Copia de la constancia expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Tunja, en la que se indica que el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes ingresó a esa entidad el 10 de septiembre de 1993, desempeñando el cargo de docente de aula grado 14 en la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, con nombramiento en propiedad (Fl 143).

- Copia de la Circular No. 005 de 7 de junio de 2011, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, dirigido a gobernadores, alcaldes y Secretarios de Educación de Entidades Territoriales, en donde respecto a la provisión de empleos del sistema específico de carrera docente, señaló lo siguiente (Fls 255 a 263):

  "(...) En este sentido, el traslado es una forma de provisión de vacantes definitivas que prevalece sobre la provisión por uso de lista de elegibles y debe darse de conformidad con el Decreto 520 de 2010, mediante el cual el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 22 de la Ley 715 de 2001, en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes, norma que es aplicable a todos los educadores, cualquiera que sea el Estatuto Docente que los rija (...)".

- En desarrollo de la audiencia de pruebas celebrada el 11 de mayo de 2015, se recepcionó la declaración del señor LUIS DUEÑAS MERCHÁN quien manifestó que conoce al demandante desde hace más de 20 años y fueron compañeros de trabajo en la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja; sostuvo que al no ser nombrado el señor Jefferson López como rector de dicha institución como era su derecho, evidenció sentimientos de tristeza y decepción en el demandante que se reflejaron en la relación

"Mediante oficio de fecha 11 de enero de 2012 presenté renuncia irrevocable sin entrar en detalles de las causas de la misma (...).

Agradezco la confianza mostrada por ustedes al invitarme a permanecer en el cargo pero muy a mi pesar debo manifestarles que las condiciones de salud en que me encuentro no son las mejores para dar respuesta correcta al exigente desempeño que implica la rectoría de una institución con las características de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja. Sería irresponsable de mi parte continuar ejerciendo un cargo para el cual se requiere de la plenitud de condiciones en cuanto a salud física, psicológica, emocional y anímica.

Por lo anterior y ante el hecho de que el neurocirujano Oscar Fernando Feo Lee, ha ordenado cirugía para mi problema clínico, muy a mi pesar repito, me permito presentar a ustedes la ratificación de mi renuncia irrevocable a partir del 31 de enero de 2012 (...)".

- La Secretaria de Educación del Municipio de Tunja mediante comunicación dirigida al señor Luis Miguel Coronado Jiménez con fecha 02 de febrero de 2012, le informó que la solicitud de renuncia al cargo será atendida dentro de los 30 días hábiles siguientes, tal como lo establece el artículo 113 del Decreto No. 1950 de 1973 (Fl 60).

- Copia de la petición presentada por el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes con fecha 22 de febrero de 2012 por medio de la cual solicita se proceda a dar hacer uso de la lista de elegibles y se le nombrara en periodo de prueba en el cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, cargo que según su dicho quedó vacante a partir del 23 de febrero de 2012, fecha en la cual venció el término de 30 días para que se pronunciara el Municipio de Tunja respecto a la renuncia irrevocable presentada por el titular del empleo (Fls 70 a 72).

- A través del Decreto No. 147 de 23 de abril de 2012, el Alcalde del Municipio de Tunja aceptó la renuncia al cargo de directivo docente rector presentada por el señor Luis Miguel Coronado Jiménez con fecha 20 de abril de 2012, efectiva a partir del 01 de mayo de dicha anualidad (Fl 74).

- Copia de la Resolución No. 3278 de 27 de octubre de 2010 por medio de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil, estableció la Lista General Nacional de Elegibles de Directivos Docentes Rector para proveer empleos de instituciones educativas de las entidades territoriales certificadas en educación, en donde el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes ocupaba el puesto número 10; dicha lista de elegibles estuvo vigente hasta el 05 de mayo de 2012 (Fls 75 a 77).

con sus compañeros docentes, así como en su ámbito familiar. (Minuto 10:00 al minuto 19:36 de la Grabación CD Fl 336).

- A su turno, se recibió declaración de la señora LUZ MIRIAM SUÁREZ CUADROS quien manifestó que labora como enfermera en la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja y que conoce al demandante en razón a que es su cuñado; señaló que al haber superado el demandante el concurso de méritos para ser nombrado como rector, todos esperaban que efectivamente fuera nombrado como tal; indicó que *"nosotros lo acompañamos a comprar el traje para posesionarse como rector y era una alegría para todo el mundo (...) obviamente fue muy triste, para él fue un golpe muy duro, cambiando radicalmente, se aisló porque como hicieron dos traslados, le desconocieron el derecho que él tenía (...) empezó a decir que no servía de nada estudiar, que la preparación para qué servía (...) que no servía de nada pasar un concurso de méritos pero en el momento del nombramiento es desconocido (...) No es el mismo hombre alegre que conocía (...) Fue objeto de burlas, fue objeto de críticas".* (Minuto 23: 42 al minuto 34:08 de la grabación)

- De igual forma el señor JUSTO FIDEL SOTO MEDINA en su declaración afirmó que labora en la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja; adujo que fue profesor del demandante, luego de lo cual llegó a compartir el ejercicio docente con el demandante; adujo que el demandante luego de superar el concurso de méritos, todas las personas en la Institución Educativa, daban como un hecho su nombramiento como rector. Aseguró que desde el momento que no fue nombrado como rector, se evidenció en él una introspección, se alejó del trabajo, ya no compartía en la cafetería. (Minuto 36:23 al minuto 51:15 de la grabación)

- A su turno en la declaración del señor JAIME EDUARDO FLÓREZ BLANCO sostuvo que es cuñado del demandante; señaló que como consecuencia del no nombramiento como rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja dejó de compartir espacios sociales que antes tenía, le afectó mucho que no lo nombraran porque tenía muchas expectativas y sueños; adujo que tal situación le generó un cambio de actitud frente al ejercicio docente por la decepción de no ser nombrado como rector (Minuto 03:40 al minuto 11:08 de la grabación II).

- En su declaración la señora FLOR MARÍA ÁVILA DE LÓPEZ señaló que es docente de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja en donde conoció al demandante primero como alumno y luego como compañero docente de la institución; adujo que el rector para comienzos del año 2012 consecuencia de sus problemas de salud, en el mes de enero presentó renuncia al cargo, sin embargo adujo que permaneció hasta el 30 de abril de 2012 (Minuto 12:00 al minuto 19:15 de la grabación II).

- Finalmente la señora MARÍA CLAUDIA OROZCO afirmó en su declaración que es compañera de trabajo con el demandante; señaló que conoció al señor Luis Miguel Coronado por cuanto era el rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja y que para el año 2011 les manifestó que iba a renunciar al cargo por razones de salud y que para comienzos del 2012 dicho rector les manifestó que ya había presentado la renuncia, la cual no fue aceptada por el Municipio; afirmó que como consecuencia de no haberse aceptado la renuncia del señor Coronado se afectó el servicio de educación en la Institución Educativa (Minuto 21:00 al minuto 28:28 de la grabación II).

4. CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.

Con anterioridad a entrar a regir la Constitución de 1991, se habían establecido diversos regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado, tales como la falla en el servicio, el régimen de riesgo, el daño especial, entre otros.

Posteriormente, con la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes; de tal artículo, son dos los postulados que fundamentan dicha responsabilidad, a saber: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración; en efecto indica la norma:

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

En Sentencia C-333 de 1996 la Corte Constitucional señaló el sentido y el alcance de la norma antes referida, en los términos que siguen:

> *"(...) El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. (...).*

"La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública (...)".
(Destacado por la Sala)

Por su parte el Honorable Consejo de Estado[1] ha sostenido sobre el artículo 90 *"(...) es el tronco en que se encuentra fundamentada la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual"*.

Lo anterior en palabras de la Corte Constitucional no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad sea objetiva.

5. DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

En primer orden dirá la Sala que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes; de tal artículo, son dos los postulados que fundamentan dicha responsabilidad, a saber: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración.

5.1 Del daño antijurídico

[1] C.E, S.C.A, S 3ª. Sentencia del 13 de Julio de 1993, Exp. 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

El primer elemento de la responsabilidad que se debe analizar es la existencia o no del daño y si el mismo puede ser considerado como antijurídico, es decir, que la víctima no estaba en la obligación de soportarlo, ya que solo cuando se ha evidenciado la existencia de un daño antijurídico, se hace necesario analizar el segundo de los elementos de la responsabilidad, esto es, la imputación[2].

A propósito de noción de daño antijurídico como primer elemento de la responsabilidad del Estado, la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, precisó que es:

> *"(...) El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello, el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. (...)".* (Destacado por la Sala).

En igual sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado[3], frente al daño antijurídico, indicó que:

> *"(...) Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que "consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar[4]". En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente*

[2] Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de 18 de febrero de 2010; Expediente No. 17885.

[3] Consejo de Estado; Sección Tercera del 13 de junio de 2013; Expediente No. 28062

[4] Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Expediente No. 17042

detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas (...). (Destacado por la Sala)

Respecto de las características que debe cumplir el daño, a efectos que tenga la virtualidad de ser objeto de indemnización, se han establecido las siguientes:

> *"(...)* ***Para que un daño sea indemnizable, es indispensable verificar*** *ex ante la configuración de los elementos que lo estructuran; es decir,* ***que sea cierto, actual, real, determinado o determinable y protegido jurídicamente****. En síntesis, estos elementos parten de la premisa según la cual, la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la afectación o vulneración de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos antijurídicos desatados por la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extra patrimonial (...)*[5]*".* (Destacado por la Sala)

En tal sentido, tal como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que por fuera de un reconocimiento indemnizatorio el daño eventual o hipotético, esto es, aquel se ubica en un plano meramente conjetural o hipotético, el cual no reviste las condiciones necesarias para ser pueda determinarse.

5.2 De la pérdida de oportunidad

La Sección Tercera del Consejo de Estado, con apoyo del derecho comparado, en especial del derecho Francés, ha establecido como daño autónomo el denominado perdida de oportunidad o chance, el cual se ha sido entendido como "*(...) el cercenamiento de una ocasión aleatoria que tenía una persona de obtener un beneficio o de evitar un menoscabo, posibilidad benéfica que, sin perjuicio de que no es posible avizorar con toda certeza y sin margen de duda que se hubiese materializado en la situación favorable que se esperaba, no se puede desconocer que existía y que poseía una probabilidad considerable de haberse configurado en ésta (...)*[6]".

Precisamente el Consejo de Estado[7] ha indicado que la posibilidad truncada en tanto daño autónomo, se encuentra caracterizada por dos elementos coexistentes, a saber: uno de certeza y otro de incertidumbre; así en cuanto

---

[5] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA–SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-4596-01 (29882)

[6] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 63001-23-31-000-2003-00261-01(38267).

[7] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

tiene que ver con la certeza, éste se concreta en que en caso de no haber mediado un hecho dañino por parte de un tercero, el damnificado con ese hecho, habría conservado la expectativa de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio.

Por su parte en cuanto al elemento de incertidumbre, el cual tiene como nota característica que ya es definitivo, se presenta en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que soportaba la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la perdida se hubiera evitado.

Así las cosas, la pérdida de oportunidad es un daño autónomo, el cual no siempre comporta la vulneración de un derecho subjetivo, toda vez que la esperanza de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor, forma un bien jurídicamente protegido, cuya afección debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con exclusión del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen otros tipos de daño; en palabras del Consejo de Estado:

> *"(...) La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la trasgresión de un derecho subjetivo, pues* ***la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor constituye un bien jurídicamente protegido coya afectación debe limitarse a la oportunidad en sí misma****, con prescindencia del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño (...)*[8]*".* (Destacado por la Sala)

A propósito, de la responsabilidad del Estado como consecuencia de la pérdida de oportunidad, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

> "(...) *La reparación de daños provenientes de la afectación de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas atiende a la pérdida o menoscabo de ese derecho, mientras que la afectación de expectativas legítimas, que no de los estados de confianza, no puede repararse como si se hubiera perdido el derecho, pues nunca se ha tenido, sino como la privación de la posibilidad de obtener el que estaba en "vía de serlo"*[9]*.*
>
> *Frente a este último punto, teniendo en cuenta que la afectación de las expectativas legítimas interrumpe intempestivamente el proceso de formación -"o en vía de serlo"- de derechos o la consolidación de determinadas*

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de abril de 2012. M.P. Danilo Rojas Betancurt, Exp: 50001-23-31-000-1993-041174-01.
[9] [68] Cfr. Consejo de Estado, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, rad. 27228, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

situaciones jurídicas, la reparación de dichas expectativas quebrantadas deberá ser proporcional al grado de probabilidad de concreción y realización del derecho, de esta manera, el modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad pérdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, "solo el daño y nada más que el daño" a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: "el daño es la medida del resarcimiento[10] *(...)".*

10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo[11]*-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-,* ***se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia***[12] *(...)".* (Destacado por la Sala)

De igual forma, el Consejo de Estado en la jurisprudencia en cita, ha precisado que para que resulte procedente indemnizar la perdida de la oportunidad, se hace indispensable que la ocasión, exista y sea cierta, toda vez que si se trata de una posibilidad genérica de difícil concreción, el daño dejaría de ser cierto y se estaría en presencia de uno meramente hipotético o eventual, el cual tal como se ha indicado no tiene vocación indemnizatoria.

Lo anterior significa que a efectos de acreditar la existencia de un daño, dentro de la órbita de la pérdida de la oportunidad, corresponde al demandante la carga de probar que "*el no haber podido obtener la ventaja que esperaba es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla*"[13].

---

[10] [69] "[La] explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la "víctima"; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento": HENAO, Juan Carlos, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, 4ª reimp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 45.

[11] [72] DEGUERGUE, Maryse, "La perte de chance en droit administratif", en L´égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives, Geneviève Koubi y Gilles Guglielmi (dirs.), La Découverte, París, 2000, p.198.

[12] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 25000-23-26-000-1999-00007-01 (22637) (acumulado), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

[13] Juan Carlos Henao. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 161.

Ya esta Corporación se ha pronunciado respecto al alcance de la perdida de oportunidad como un daño autónomo con vocación indemnizable; así por ejemplo en sentencia de 31 de julio de 2017, con ponencia del Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros, rad: 15001233300020150057300, haciendo referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, concluyó que:

> *"(...) En suma, para el Órgano de Cierre de la Jurisdicción, la figura jurídica en mención, es un fundamento del daño, que si bien no tiene las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio-material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Continúa señalando que* ***el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad****, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance y no la pérdida del alea (...)".* (Destacado por la Sala)

Ahora bien, a efectos de que se configure una pérdida de oportunidad como daño autónomo con vocación indemnizable, el Consejo de Estado ha precisado que deben concurrir los siguientes requisitos:

i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado*:* En éste punto se deberá establecer que en efecto, el titular de la expectativa legítima para el momento en que ocurre el hecho dañino se encuentra en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o de evitar un perjuicio; debe precisarse que si bien no debe existir certeza del resultado, tampoco es suficiente para superar éste requisito, que exista una mera conjetura.

Esto último tiene especial importancia particularmente al momento de tazar la indemnización, en la medida en que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debe evitar un menoscabo, su indemnización será total, en tanto, si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar el resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

ii) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde*:*

Esto es que en efecto, exista una oportunidad que se perdió, aunque la misma lleve implícito un componente aleatorio, de tal forma que se deberá

acreditar inequívocamente la existencia de "*una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente*", que de no haber ocurrido el hecho dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes.

iii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento: En éste punto debe verificarse que exista certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o de evitar el perjuicio fue definitivamente sustraído del patrimonio de la víctima, tornándola de ésta manera en inexistente; ello resulta de vital importancia toda vez que en el evento en que aun exista alguna probabilidad de que el beneficio final o el perjuicio a evitar efectivamente se concreten en el futuro, no se podría hablar de una perdida de oportunidad, convirtiéndose en un daño hipotético o eventual.

Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a la entidad demandada.

5.3 De la imputación de la responsabilidad

Ahora bien, respecto del segundo postulado que fundamenta la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, esto es, la imputación, la cual de acuerdo con el Consejo de Estado, supone "(...) *el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política (...)*[14]", ha sido dividida en *i)* imputación fáctica y *ii)* imputación jurídica; al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha indicado que:

> *"(...)* ***La imputación fáctica*** *supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado* ***imputación jurídica****, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de* ***una culpa (falla)****, o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que*

[14] Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 12 de julio de 1993; Exp. 7622

parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas (...)."[15]
(Destacado por la Sala)

El Consejo de Estado[16] ha precisado que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas, cuando éstas tienen algún nexo con el desarrollo de la función administrativa, es decir, que la sola calidad de funcionario o servidor público que ostente el autor del hecho, no es suficiente para atribuir la responsabilidad del Estado; en efecto en sentencia de 10 de febrero de 2011 se indicó:

"(...) No cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de ***éste pueda calificarse como propia del "funcionamiento de los servicios públicos". Es decir que la conducta del agente de la administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público****. Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público. En definitiva, el fenómeno jurídico de la imputación de responsabilidad civil a la administración no se produce en aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado en su calidad de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda calificación jurídico pública (...)".*
(Destacado por la Sala)

A propósito de la falla en el servicio como título de jurídico de imputación para estudiar la responsabilidad administrativa del Estado, el Consejo de Estado[17], ha indicado lo siguiente:

"(...) La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; ***en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay***

[15] Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569
[16] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de febrero 10 de 2011, rad. 19123, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.
[17] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)

duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual[18].

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades "debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera"[19], *así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto* ***la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo***[20].

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; ***si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria****; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.*

Ahora bien, ***la falla del servicio*** *o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia,* ***por omisión*** *o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio;* ***la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal****. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía*[21] *(...)".* (Destacado por la Sala)

De igual forma el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 16 de febrero de 2017, respecto a la falla en el servicio, precisó que: "*(...) De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a la administración pública por* ***falla en el servicio consistente en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias constitucionales, legales, y del bloque ampliado de constitucionalidad (artículo 93)****, esto es, del derecho internacional humanitario y*

[18] Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.
[19] Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.
[20] Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787
[21] Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

del derecho internacional de los derechos humanos, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio (...)[22]*".* (Destacado por la Sala)

Con fundamento en lo anterior, debe la Sala establecer si en el presente asunto se configuraron los elementos para declarar la responsabilidad de la entidad demandada, para luego de lo cual y en caso afirmativo se deberá precisar el quantum indemnizatorio en el presente caso.

6. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto encuentra la Sala que los problemas jurídicos que debe resolver a efectos de dar respuesta a los recursos de apelación incoados tanto por el Municipio de Tunja como el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia del 30 de junio de 2015 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad de Tunja, son los siguientes:

En primer lugar, debe determinar la Sala si hay lugar a declarar administrativa y extracontractualmente responsable al Municipio de Tunja por los daños presuntamente ocasionados al demandante como consecuencia de la perdida de oportunidad de acceder al cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja.

En segundo lugar y en caso de ser afirmativa la respuesta al anterior problema jurídico, deberá la Sala verificar el quantum indemnizatorio por los perjuicios ocasionados por la pérdida de oportunidad del demandante, para lo cual se deberá determinar el criterio a fin de determinar el valor de la reparación.

6.1 De la pérdida de oportunidad

En primer lugar encuentra la Sala que el apoderado del Municipio de Tunja considera que en el presente caso no hay lugar a declarar responsable administrativamente a dicha entidad, por la presunta pérdida de oportunidad del demandante, por cuanto para la época de los hechos, sólo existían vacancias para las instituciones educativas Antonio José Sandoval y Rural del Sur, toda vez que la vacancia provista para la Escuela Normal Superior fue retirada por provisión preferente de un traslado efectuado y en tal sentido nunca existió vacante definitiva, razón por la cual para el demandante existía una mera expectativa.

---

[22] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-15-000-1999-02330-01(34928).

A efectos de resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, la Sala, de acuerdo a las pruebas reseñadas en el acápite No. 3, encuentra probados los siguientes hechos:

- El señor Jefferson Vladimir López Cifuentes quien participó en la Convocatoria No. 098 de 2009 para proveer el cargo de directivo docente rectos en las Instituciones Educativas del Municipio de Tunja, luego de conformarse la lista de elegibles a través de la Resolución No. 1045 de febrero de 2010, ocupó el tercer lugar; dicha lista tenía una vigencia de dos (02) años que se prologaron hasta el 05 de marzo de 2012.

- Mediante audiencia pública de escogencia de Instituciones Educativas por parte de los aspirantes que conforman la lista de elegibles para el cargo de rector, tal como da cuanta el acta de fecha 30 de abril de 2010, en donde las dos primeras personas que conformaban la lista fueron escogidos para las Instituciones Educativas "Antonio José Sandoval" e "Institución Rural del Sur", razón por la cual, el aquí demandante entró a encabezar la referida lista de elegibles en espera que se generara una vacante definitiva para ese empleo.

- El día 11 de enero del año 2012, el señor Luis Miguel Coronado Jiménez quien se desempeñaba como rector en propiedad de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, presentó renuncia irrevocable al cargo ante el Alcalde y Secretaria de Educación del Municipio de Tunja la cual fue reiterada mediante comunicación de fecha 30 de enero de 2012.

- Frente a la renuncia presentada por el señor Luis Miguel Coronado Jiménez, el municipio de Tunja mediante comunicación de fecha 02 de febrero informó que procedería a pronunciarse al respecto dentro de los 30 días hábiles siguientes tal como lo establecía el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, término durante el cual no hubo pronunciamiento alguno por parte de la entidad demandada.

- El municipio de Tunja tenía pleno conocimiento que para el cargo de Directivo Docente Rectores, para los meses de enero y febrero de 2012, se encontraba en vigente la lista de elegibles adoptada mediante la Resolución No. 1045 de 2010, ello en razón a que el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes una vez se enteró de la renuncia presentada por el entonces rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, mediante peticiones de fecha 13 de enero y 22 de febrero de 2012, en las que a más de solicitar se diera trámite

a la renuncia presentada, solicitaba igualmente se hiciera uso de la lista de elegibles para proveer ese cargo.

- Posteriormente y ante el silencio de la administración municipal, el señor Luis Miguel Coronado Jiménez con fecha 20 de abril de 2012 nuevamente presentó renuncia irrevocable al cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, exponiendo en esencia, los mismos argumentos planteados en los escritos de 11 y 30 de enero de 2012.

- Ésta última solicitud de renuncia irrevocable fue resuelta por parte del Municipio de Tunja el 23 de abril de 2012, aceptándola con efectos a partir del 01 de mayo de 2012, quedando en consecuencia vacante el cargo de Rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja a partir de ésta última fecha; no obstante, ya había fenecido el término de vigencia de la lista de elegibles en la que estaba en primer lugar el aquí demandante.

- Finalmente ha de indicarse que el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes se encontraba vinculado a la Secretaría de Educación Municipal de Tunja con nombramiento como docente grado 14 en propiedad desde el 10 de noviembre de 1993.

Con fundamento en el anterior recuento fáctico procede la Sala a verificar si en el presente caso se cumple con los requisitos exigidos para la configuración de una pérdida de oportunidad como daño autónomo con vocación indemnizable, tal como se expone a continuación:

- **De la existencia del hecho dañino y su imputación**

En primer orden encuentra la Sala que el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes asegura que con la omisión por parte del Municipio de Tunja en aceptar de manera pronta la renuncia al cargo del señor Luis Miguel Coronado Jiménez quien se desempeñaba como rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, se le privó la de oportunidad de haber sido nombrado en dicho cargo, ello en el entendido que hacía parte de la lista de elegibles conformada a través de la Resolución No. 1045 de 2010.

En tal sentido, procede la Sala a verificar si en efecto por parte del Municipio de Tunja, se desconoció la normatividad aplicable en tratándose del trámite a una renuncia irrevocable presentada por un servidor público, particularmente la presentada por el señor Luis Miguel Coronado Jiménez quien se desempeñaba para el mes de enero del año 2012, como rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja.

Tal como se indicó en precedencia, al momento de establecer los hechos que se encuentran probados en el proceso, el señor Luis Miguel Coronado Jiménez en día 11 de enero del año 2012, presentó renuncia irrevocable al cargo ante el Alcalde y Secretaria de Educación del Municipio de Tunja, para lo cual argumentó lo siguiente:

> *"(...)* ***Les comunico a ustedes mi decisión de finalizar la relación laboral*** *(...) en calidad de Rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja,* ***renunciando de forma irrevocable a dicho cargo a partir del 31 de enero de 2012*** *(...).*
>
> *Con el fin de evitar traumatismos en el normal funcionamiento de la institución,* ***ruego sea aceptada mi renuncia irrevocable*** *a la mayor brevedad y se designe el reemplazo de acuerdo a la normatividad vigente,* ***siendo conocedor que actualmente hay una lista de elegibles para dicho cargo*** *(...)".* (Destacado por la Sala)

Como se advierte de la lectura del escrito de renuncia presentado por el entonces rector de la Escuela Normal Santiago de Tunja era inequívoca y expresa su intención de renunciar a su cargo, a más que ponía de presente a la entidad aquí demandada la existencia de la lista de elegibles para proveer dicho cargo.

Ante el silencio de la Administración Municipal respecto a la renuncia al cargo presentada por el señor Luis Miguel Coronado Jiménez, con fecha 30 de enero de 2012, **reiteró** su petición de renuncia irrevocable al cargo de rector, comunicación en la que indicó:

> *"(.....) Mediante oficio de fecha 11 de enero de 2012 presenté renuncia irrevocable sin entrar en detalles de las causas de la misma (...).*
>
> ***Agradezco la confianza mostrada por ustedes al invitarme a permanecer en el cargo pero muy a mi pesar debo manifestarles que*** *las condiciones de salud en que me encuentro no son las mejores para dar respuesta correcta al exigente desempeño que implica la rectoría de una institución con las características de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja. Sería irresponsable de mi parte continuar ejerciendo un cargo para el cual se requiere de la plenitud de condiciones en cuanto a salud física, psicológica, emocional y anímica.*
>
> *Por lo anterior y ante el hecho de que el neurocirujano Oscar Fernando Feo Lee, ha ordenado cirugía para mi problema clínico, muy a mi pesar repito,* ***me permito presentar a ustedes la ratificación de mi renuncia irrevocable a partir del 31 de enero de 2012*** *(...)".* (Destacado por la Sala)

Ésta última comunicación únicamente constituyó una reiteración a la presentada el 11 de enero de 2012, dejando además plasmada de manera expresa la razón por la cual presentaba la renuncia al cargo, que no era otra que las afectaciones a su salud, retiro del cargo que insistió en que se hiciera efectivo de manera irrevocable a partir del 31 de enero del año 2012.

A propósito del marco normativo que regula el trámite que debe dársele a las renuncias presentadas por los servidores del Estado, el Decreto 1950 de 1973 la regula en los siguientes términos:

> ***"Artículo 110º.-*** *Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.*
>
> ***Artículo 111º.-*** *La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.*
>
> ***Artículo 112º.-*** *Si la autoridad competente creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste deberá aceptarla. La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.*
>
> ***Artículo 113º.-*** *Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.*
>
> *Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.*
>
> ***Artículo 114º.-*** *La competencia para aceptar renuncias corresponde a la autoridad nominadora".*

Conforma las normas en cita, *i)* el acto de renuncia al cargo es un acto de decisión libre realizado por escrito, en forma espontánea e inequívoca, *ii)* Si el renunciante insistiere el su renuncia pese al pedido de la entidad para que continúe en el cargo, ésta deberá aceptarla, *iii)* La competencia para resolver la petición de renuncia corresponde a la entidad nominadora y *iv)* Presentada la renuncia, la entidad nominadora deberá aceptarla por escrito determinado la fecha en que se hará efectiva, la cual no podrá ser posterior a treinta (30) días siguientes a su presentación.

En el presente caso, frente a la petición de renuncia irrevocable presentada por el señor Luis Miguel Coronado Jiménez desde el 11 de enero de 2012, el municipio de Tunja solo hasta el 02 de febrero siguiente, informó que procedería a pronunciarse al respecto, precisamente en el término

establecido en el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, esto es, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes.

En tal sentido, y conforme a lo manifestado por el propio Municipio de Tunja, la renuncia irrevocable al cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja presentada el 11 de enero de 2012, debía resolverse por la entidad dentro del término de 30 días hábiles siguientes, los cuales vencieron el 22 de febrero de 2012, término durante el cual no hubo pronunciamiento alguno por parte de la entidad demandada, como era su obligación, no solo porque así lo había manifestado, sino porque además lo establecía el referido artículo 113 de la norma antes referida.

Adicionalmente llama la atención de la Sala lo manifestado por el señor Luis Miguel Coronado Jiménez en el escrito de fecha 30 de enero de 2012, al momento de reiterar su renuncia irrevocable "***Agradezco la confianza mostrada por ustedes al invitarme a permanecer en el cargo pero muy a mi pesar debo manifestarles que*** *las condiciones de salud en que me encuentro no son las mejores para dar respuesta correcta al exigente desempeño que implica la rectoría de una institución con las características de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja",* afirmación que permite inferir que por parte de funcionarios del Municipio de Tunja le fue solicitado el retiro de la renuncia presentada el 11 de enero de 2012, no obstante lo cual el señor Coronado Jiménez insistió en renunciar.

Bajo ese entendimiento, y en atención a lo previsto en el artículo 112 del Decreto 1950 de 1973, como quiera que el señor Luis Miguel Coronado Jiménez insistió en su renuncia irrevocable, de acuerdo con la norma en cita, el Municipio de Tunja se encontraba en la obligación legal de aceptar la renuncia al cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, actuación que conforme a las pruebas obrantes en el plenario no ocurrió.

En éste punto, resulta pertinente hacer referencia a lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-950 de 2014, a propósito del derecho que les asiste a los trabajadores de renunciar libremente al cargo desempeñado y que ésta sea atendida en un término razonable por la entidad nominadora:

> *"(...) El derecho a desempeñar cargos públicos supone también el derecho del sujeto a renunciar al cargo, pues constituye desarrollo de la libertad de la persona decidir si permanece o no en una posición laboral determinada. Como consecuencia de* ***este derecho***, ***la decisión sobre la permanencia en un cargo no puede restringirse o impedirse***, *pues la renuncia a un cargo público es una manifestación de la voluntad personal y una expresión del ejercicio de la libertad de un sujeto.* ***Bajo esas circunstancias el deber de respeto de la libertad exigible al Estado comporta la obligación de aceptar, dentro de un término razonable, la renuncia*** *(...)".*

> *Ahora, de conformidad con lo señalado en el artículo 112 del Decreto 1950 de 1973,* ***si presentada la renuncia la autoridad competente considera que hay motivos de conveniencia pública para no aceptarla, tiene la facultad para solicitarle al empleado el retiro de ella, pero si el renunciante insiste deberá aceptarla****. Así mismo, el servidor tiene la posibilidad de retirar o desistir de la renuncia, antes de su aceptación. Una vez aceptada la renuncia el acto administrativo goza de presunción de legalidad y consolida una situación jurídica irrevocable.* (Destacado por la Sala)

Aunado a lo anterior, llama la atención de la Sala que ante el silencio de la administración municipal, el señor Luis Miguel Coronado Jiménez con fecha 20 de abril de 2012 nuevamente presentó renuncia irrevocable al cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, exponiendo en esencia, los mismos argumentos planteados en los escritos de 11 y 30 de enero de 2012, petición que ésta vez fue resuelta por el Municipio de Tunja dos (2) días después, esto es, el 23 de abril siguiente, aceptando la renuncia con efectos desde el 01 de mayo de 2012, fecha en la cual evidentemente ya había fenecido la lista de elegibles que encabezaba el aquí demandante.

Finalmente en éste punto ha de destacarse que el Municipio de Tunja desde el primer momento en que el señor Luis Miguel Coronado Jiménez presentó renuncia irrevocable al cargo de rector, tenía pleno conocimiento de la existencia de la lista de elegibles conformada en la Resolución No. 1045 de 2010 en la cual el aquí demandante ocupaba el primer lugar, ello por cuanto éste último en diferentes ocasiones así lo informó a la entidad demandada.

Conforme a lo antes expuesto la Sala encuentra configurada una falla en el servicio por parte del Municipio de Tunja al no dar trámite en debida forma a la pluricitada renuncia irrevocable, lo cual ocasionó que durante la vigencia de la lista de elegibles establecida en la Resolución No. 1045 de 2010, de la cual el aquí demandante ocupaba el primer lugar, no se generará la vacancia definitiva del cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja.

- ***Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado***

En éste punto se encuentra probado que el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes formaba parte de la lista de elegibles creada a través de la Resolución No. 1045 de febrero de 2010, ocupando en un primer momento el tercer lugar, luego de lo cual y ante el nombramiento de las personas que ocupaban el primer y segundo lugar, pasó a encabezar dicha lista, la cual como se indicó en precedencia, tenía una vigencia de dos (02) años que se prologaron hasta el 05 de marzo de 2012.

En tal sentido, y como quiera que el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes se encontraba ubicado en primer lugar en la lista de elegibles para proveer el cargo de rector en las Instituciones Educativas oficiales del Municipio de Tunja, tenía la expectativa legítima a ser nombrado en dicho empleo en la medida en que se generara una vacante definitiva, ello durante el tiempo de vigencia de la lista de elegibles.

No obstante lo anterior, y si bien tal como se indicó en el acápite anterior, por parte del Municipio de Tunja se omitió dar trámite de manera pronta y eficaz a la solicitud de renuncia irrevocable presentada por el entonces rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, lo cual comportó la configuración de un hecho dañino para el demandante, en tanto ello impidió la generación de una vacancia definitiva en el empleo cuando aún se encontraba vigente la lista de elegibles que él conformaba, lo cierto es que no existe certeza en el resultado esperado, esto es, que fuese efectivamente nombrado en el cargo de rector.

En efecto, la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de la Circular No. 005 de 07 de junio de 2011 dirigida a gobernadores, alcaldes y Secretarios de Educación de Entidades Territoriales, precisó que en el proceso de provisión de empleos del sistema específico de la carrera docente una solicitud de traslado prevalece sobre el uso de la lista de elegibles; en efecto, indicó la Comisión:

> *"(...) En este sentido,* ***el traslado es una forma de provisión de vacantes definitivas que prevalece sobre la provisión por uso de lista de elegibles*** *y debe darse de conformidad con el Decreto 520 de 2010, mediante el cual el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 22 de la Ley 715 de 2001, en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes, norma* ***que es aplicable a todos los educadores, cualquiera que sea el Estatuto Docente que los rija*** *(...)".* (Destacado por la Sala)

En tal sentido, pese a que el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes se encontraba ubicado en primer lugar en lista de elegibles prevista en la Resolución No. 1045 de 24 de febrero de 2010, lo cual le daría derecho a ser nombrado en el cargo de rector en caso de vacancia definitiva del empleo en alguna de las Instituciones Educativas del Municipio de Tunja, dicho derecho debe ceder ante una solicitud de traslado efectuada por un empleado en carrera administrativa que ocupe dicho cargo en otra Institución Educativa.

Así las cosas, en el presente caso, existe falta de certeza o aleatoriedad en el resultado que esperaba el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes esto es, ser nombrado en el cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, en la medida en que tal situación se encontraba

supeditada a que no se presentada una solicitud de traslado una vez quedará vacante de manera definitiva el cargo, cumpliéndose de ésta manera con éste requisito.

- ***Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde***

En éste punto, la parte demandante debe acreditar inequívocamente la existencia de "*una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente*", que de no haber ocurrido el hecho dañoso, habría mantenido incólume la expectativa de obtener el nombramiento en el cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja.

Para la Sala dicho requisito se encuentra plenamente acreditado en razón a que el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes para los meses de enero y febrero de 2012, se encontraba ocupando el primer lugar en la lista de elegibles adoptada mediante la Resolución No. 1045 de 2010, la cual estaría vigente hasta el 5 de marzo de 2012, circunstancia que en sí misma, comporta una probabilidad con certeza casi del 100% a ser designado en el cargo.

A propósito de la naturaleza jurídica de la lista de elegibles, la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, precisó lo siguiente:

> *"(...) La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer* ***la forma de provisión de los cargos objeto de concurso****, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación,* ***la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta****. Este acto tiene una vocación transitoria toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo. (...)".* (Destacado por la Sala)

Así las cosas, y como quiera que el demandante para comienzos del año 2012, se encontraba ocupando el primer lugar en la lista de elegibles para la provisión del cargo de rector de una Institución Educativa del Municipio de Tunja, es dable concluir que existe un grado de certeza suficiente respecto a la oportunidad perdida con el hecho dañino imputable a la entidad demandada, razón por la cual igualmente se encuentra cumplido el presente requisito.

❖ ***Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento***

En el presente caso se encuentra plenamente acreditado éste requisito, toda vez que la lista de elegibles conformada a través de la Resolución No. 1045 de 2010 tenía una vigencia de dos años, los cuales vencieron el 05 de marzo de 2012, tal como en efecto lo certificó la Comisión Nacional del Servicio Civil, razón por la cual, como quiera que dicho plazo se encuentra superado, no resulta jurídicamente procedente hacer uso de tal lista[23], en tanto ya se encuentra vencida, lo cual permite concluir que la oportunidad para el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes de ser nombrado en el cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, se encuentra extinguida definitivamente.

En suma conforme a lo expuesto en precedencia, es dable concluir que la pérdida de la oportunidad del señor Jefferson Vladimir López Cifuentes a ser nombrado en el cargo de rector de la Escuela Superior Santiago de Tunja, comporta un daño antijurídico, el cual es imputable al Municipio de Tunja, razón por la cual tal como lo concluyó la *a quo* hay lugar a declarar su responsabilidad.

6.2 De la indemnización de perjuicios derivada de la pérdida de la oportunidad en el caso del señor Jefferson Vladimir López Cifuentes

Una vez resuelto el primer problema jurídico en el cual se concluyó que en efecto el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes, sufrió el daño autónomo de perdida de oportunidad, materializado en la imposibilidad de ser nombrado en el cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, el cual resulta imputable a la entidad demandada, a continuación procede la Sala a resolver el segundo de los problemas jurídicos planteados, esto es, verificar el quantum indemnizatorio por los perjuicios ocasionados por la pérdida de oportunidad del demandante, para lo cual se deberá determinar el criterio a fin de determinar el valor de la reparación.

En éste punto encuentra la Sala que la *a quo* a efectos de determinar la indemnización derivada de la pérdida de oportunidad, indicó que si bien se accederá a tal pretensión, la misma fue realizada teniendo en cuenta las diferencias entre las escalas salariales del docente grado 14 y de rector grado 14 de la Escuela Normal, el plazo máximo que establece la ley para la

[23] Respecto a la vigencia de la lista de elegibles, la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011 indicó lo siguiente "(...) *Este acto tiene una vocación transitoria toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales. El primero, hace referencia a la obligatoriedad del registro de elegibles, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso (...)*".

calificación de desempeño o evaluación docente, tal como lo establece el Decreto 1278 de 2002.

Lo anterior por cuanto según la juez de primera instancia, luego de superar el periodo de calificación, el perjuicio (perdida de oportunidad), se torna apenas en hipotético o eventual en tanto la permanencia del demandante en el cargo del rector de la Escuela Normas Superior Santiago de Tunja no estaba garantizada, sino que dependía de los resultados que obtuviera en la correspondiente evaluación de desempeño.

A su turno, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se encuentra orientado a que se acceda a la totalidad de la indemnización solicitada en la demanda, ello por cuanto considera que la norma aplicable al caso del demandante es el Decreto 2277 de 1979, norma que no establece una evaluación anual del desempeño, razón por la cual hay lugar al pagó de las diferencias salariales y prestaciones causadas desde el vencimiento de la lista de elegibles y hasta la edad de retiro forzoso y hasta su posterior vida probable con el reconocimiento de la pensión.

Una vez precisadas las posiciones tanto de la juez de primera instancia y la parte demandante respecto a la forma en que se debe indemnizar el daño autónomo pérdida de oportunidad en el presente caso, procede la Sala a verificar el tratamiento jurisprudencial dado por el Consejo de Estado en éste punto.

En tal sentido, doctrinal y jurisprudencialmente se ha indicado que si bien el perjuicio por la pérdida de oportunidad al agente no se le puede exigir que repare el daño en sí mismo, sí se le puede exigir que repare la oportunidad que tenía la víctima de que el daño no se produjera.

Es por ello que contrario a lo afirmado por el apoderado de la parte demandante, la indemnización que pueda percibir el perjudicado en relación a ese daño, nunca podrá identificarse con el que hubiera obtenido, de no darse la pérdida de oportunidad; en otras palabras la indemnización nunca podrá ser el 100% del daño material o pretensión.

En esa medida no es dable aceptar que en tratándose de la pérdida de la oportunidad, la víctima del hecho dañino tiene el derecho a demandar la totalidad de la ganancia perdida, en tanto, se insiste, la reparación en éstos eventos es siempre parcial, es decir, corresponde sólo a un porcentaje de la ganancia esperada.

La antèrior precisión resulta de vital importancia en tanto permite diferenciar los conceptos de perdida de una oportunidad y lucro cesante, los cuales son

ejemplo de daños futuros; sin embargo, la pérdida de una oportunidad, contrario al lucro cesante, involucra siempre un fuerte elemento aleatorio y, por esto, justifica la reparación parcial y no completa de la ganancia perdida; a propósito de tal diferenciación, el Consejo de Estado en sentencia de 10 de noviembre de 2017[24], indicó lo siguiente:

> *"(…) Así pues, en este tipo de casos, la Sala que integra esta Subsección del Consejo de Estado ha entendido que la pretensión respecto del reconocimiento de sus derechos laborales no corresponde al daño material de lucro cesante, sino a la pérdida de oportunidad de haber obtenido ese reconocimiento luego de que un juez ordinario -laboral-, así lo hubiese declarado en sentencia estimatoria de sus pretensiones[25], daños cuya diferencia radica, como ya en otras oportunidades lo ha señalado esta Corporación[26], en que "mientras que la primera [se refiere a* ***la pérdida de la oportunidad]*** *constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud* ***habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse****, o no—, el segundo [se refiere* ***al lucro cesante] implica una pérdida de ganancia cierta*** *—se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían—"[27] (…)".* (Destacado por la Sala)

Ahora bien, en cuanto tiene que ver con la cuantificación de la indemnización cuando se ha ocasionado un daño como la pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado en sentencia del 9 de octubre de 2013[28], precisó lo siguiente:

---

[24] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E). Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02187-01(44516).

[25] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de mayo de 2013. exp. 22.886, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz y la proferida por esta misma Subsección el 9 de octubre de 2013, exp. 30.286, M.P. Hernán Andrade Rincón.

[26] Sobre el particular, ver sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación el 11 de agosto de 2010, expediente 18953, reiterada, entre otras, en la sentencia proferida por esta Subsección el 7 de julio de 2011, exp. 20.139, así como en sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. 20968, todas con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez.

[27] Original de la cita: *"Al respecto la doctrina afirma que '…en el lucro cesante está 'la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca', mientras que en la pérdida de chance hay 'un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla', diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio".* Cfr. VERGARA, Leandro, Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 262.

[28] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, exp. 30.286, M.P. Hernán Andrade Rincón, en esa sentencia se reiteró lo dicho en la proferida el 11 de agosto de 2010, exp. 18.593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

"(...) ***Por cuanto tiene que ver con la cuantificación de la indemnización a la cual debe dar lugar el reconocimiento de la pérdida de una oportunidad, no está de más reiterar que lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar****; el objeto de la indemnización es una probabilidad y la adecuada compensación por la pérdida de la misma se corresponde con la apreciación en dinero del porcentaje de posibilidades de que la oportunidad respectiva se hubiere concretado.*

*"En consecuencia, **tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido**; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino (...)".* (Destacado por la Sala)

Posteriormente el Consejo de Estado reiterando su jurisprudencia sobre la forma que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad, en sentencia de 10 de noviembre de 2017, Exp No. 44516, indicó lo siguiente:

*"(...) No obstante lo anterior, dado que, además de las pruebas ya relacionadas, no obran en el expediente otros elementos demostrativos que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la demandante, **la Sala, como ya en otras oportunidades lo ha hecho[29], acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998[30]— impone tener en cuenta***

[29] Así se ha pronunciado esta Sección del Consejo de Estado, entre otras, en las siguientes providencias: sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. No. 05001232600019950008 2 – 01 (18.593),; sentencia de 25 de agosto de 2011, Exp. No. 25000232600019970399 4 – 01 (19.718); sentencia de 7 de julio de 2011, Exp. No. 52001233100019970897 4 – 01 (20.139): sentencia del 21 de marzo de 2012, Exp. No. 54001233100019972919 01 (22.017), todas con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez.

[30] Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: *"Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".*

> ***para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas**, a cuyo auxilio debe acudirse, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar (…).*
>
> *Establecido lo anterior, **procede la Sala, como ya se señaló, con base en la equidad, a determinar el monto de la indemnización**. Para tales efectos, teniendo en cuenta que de conformidad con la pauta jurisprudencial que ha adoptado la Sección en relación con este aspecto, **dicho monto debe establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente se esperaba percibir**, en razón de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino (…)".* (Destacado por la Sala)

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, en tratándose de la indemnización de la pérdida de oportunidad, lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar, monto indemnizatorio que debe establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente se esperaba percibir, en razón de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino, acudiendo para ello a criterios como la equidad.

En el presente caso, tal como se indicó en precedencia el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes quien se encontraba ubicado en primer lugar en la lista de elegibles adoptada mediante la Resolución No. 1045 de 2010 para el cargo de Directivos Docentes Rectores de las Instituciones Educativas del Municipio de Tunja, tenía una alta probabilidad de haber sido finalmente nombrado en el cargo de Rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja.

Ello si no hubiera mediado el hecho dañino imputable al Municipio de Tunja consistente en haber omitido dar trámite en los términos establecidos en la ley, a la renuncia irrevocable presentada por parte del señor Luis Miguel Coronado Jiménez quien para el mes de enero de 2012 (cuando aún se encontraba vigente la pre-citada lista de elegibles), se desempeñaba como rector en propiedad de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, circunstancia que como se analizó en precedencia comportó que no se consolidara su vacancia definitiva y por contera la

pérdida de oportunidad para el demandante de haber sido nombrado en dicho cargo, siempre y cuando no se realizara una solicitud de traslado, el cual de acuerdo con las reglas fijadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil primaba respecto a la lista de elegibles.

En tal sentido, para la Sala es evidente que las probabilidades del señor Jefferson Vladimir López Cifuentes de ser nombrado en el cargo de rector en la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja eran casi del 100%; únicamente generaba incertidumbre respecto al resultado esperado y por eso es dable hablar en éste caso de pérdida de oportunidad, que una vez se generara la vacancia del empleo, pudiera existir una petición de traslado, lo cual impediría su nombramiento.

Así las cosas, y conforme a las pautas jurisprudenciales vistas en precedencia, ha de advertirse que no es posible acceder a la totalidad de los valores reclamados por la parte demandante por éste daño, por cuanto lo que se indemnizará no es el beneficio que se espera recibir de haber sido nombrado en el cargo de rector de una Institución Educativa del Municipio de Tunja, sino que de lo que se trata es de reparar la pérdida de la oportunidad de haber obtenido dicha ganancia o beneficio.

Precisado lo anterior, y a efectos de adoptar un criterio objetivo que permita determinar el monto de la indemnización debida en ésta caso, la Sala considera adecuado tener en cuenta para tal el efecto, la diferencia salarial que hubiere podido recibir el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes de haber sido nombrado en el cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, con respecto a la asignación salarial que tenía asignada como docente vinculado en propiedad en el grado 14, tal como lo señaló la *a quo*, pero únicamente por la vigencia del periodo de prueba previsto en el Acuerdo No 070 de 2009.

Lo anterior teniendo en cuenta que tal como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la reparación en el presente caso, no puede corresponder a la totalidad de salarios y prestaciones sociales que hubiese podido devengar el demandante, en los términos que exponen en el recurso de apelación, lo cual correspondería a un lucro cesante, en tanto, se insiste la indemnización en tratándose de pérdida de oportunidad será siempre parcial, esto es, corresponde sólo a un porcentaje de la ganancia esperada.

En ese orden de ideas, conforme al Acuerdo No. 070 de 25 de marzo de 2009 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de docentes y directivos docentes de instituciones educativas oficiales del

Municipio de Tunja-Convocatoria No. 098 de 2009, en donde respecto al nombramiento en periodo de prueba, dispuso lo siguiente:

> *"**Artículo 45. Nombramiento en periodo de prueba**. Una vez concluida la Audiencia Pública, **el Municipio de Tunja tiene tres (3) días hábiles para producir el acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba, el cual tendrá una duración hasta culminar el año académico escolar en el cual fue nombrado**, siempre y cuando haya desempeñado el cargo por lo menos durante cuatro (4) meses. Caso contrario, el periodo de prueba termina al finalizar el año académico siguiente al cual fue nombrado.*
>
> *Parágrafo. (Adicionado por el Artículo 3 del Acuerdo 098 de 2009) Los directivos docentes que superen el periodo de prueba, serán inscritos en el Escalafón de acuerdo con el título que acrediten, de conformidad con lo definido por el Decreto 1278 de 2002, salvo los servidores estatales nombrados en propiedad en un cargo público docente regidos por el Decreto 2277 de 1979, quienes, sin solución de continuidad, conservarán las condiciones establecidas por este Estatuto. Su cargo docente o directivo docente de origen, sólo podrá ser provisto de manera temporal hasta tanto el servidor supere el periodo de prueba en el nuevo cargo. Si no lo superan serán regresados a su cargo de origen".*

De acuerdo con la norma en cita, el empleado que conforma la lista de elegibles y luego de la audiencia pública de selección del cargo, será nombrado en periodo de prueba, el cual tendrá una duración hasta culminar el año académico escolar en el cual fue nombrado.

A juicio de la Sala éste periodo de prueba y dadas las altas probabilidades que tenía el señor Jefferson Vladimir López Cifuentes de haber sido nombrado para el efecto en el cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja, resulta ser un criterio objetivo a efectos de determinar el valor total de la ventaja de la cual fue privada por el hecho dañino imputable al Municipio de Tunja.

Ha de advertir la Sala en éste punto que la determinación del valor de la indemnización derivado por daño por perdida de oportunidad, se realiza con fundamento en un criterio objetivo a fin de asegurar con criterios de equidad la reparación integral en el presente asunto, razón por la cual el juramento estimatorio que aduce la parte demandante como prueba dentro del proceso, no puede ser tenida en cuenta, particularmente por cuanto el mismo se fundamenta en el reconocimiento de un lucro cesante derivado de los salarios dejados de percibir por el demandante como consecuencia de no habérsele nombrado en el cargo de rector, aspecto que como se ha indicado en ésta sentencia, es diferente al concepto de pérdida de oportunidad.

Así las cosas, la Sala comparte el valor de la indemnización por concepto de pérdida de oportunidad fijada por la juez de primera instancia por la suma de $19.883.100, en el entendido en que dicho valor corresponde a un parámetro objetivo para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la omisión del Municipio de Tunja y que comportó la pérdida de oportunidad para el demandante de haber podido ser nombrado en el cargo de rector de la Escuela Normal Superior Santiago de Tunja.

Sin embargo, la suma de $19.883.100 establecida por la juez de primera instancia, debe ser actualizada a la fecha en que se profiere la presente sentencia, para lo cual se utilizará la fórmula de matemática financiera establecida por el Consejo de Estado según la cual:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Así las cosas al actualizar la suma de $19.883.100, se tiene lo siguiente:

$$R = \$\ 19.883.100 \times \frac{138.85399[31]}{122.30851[32]}$$

R = $22.572.818.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala confirmará la sentencia apelada en éste punto, precisando que la suma adeudada por el daño autónomo de perdida de oportunidad corresponde a la suma $22.572.818 suma que fue debidamente actualizada, pero por las razones expuestas en ésta providencia.

6.3 De los perjuicios morales por pérdida de la oportunidad

[31] Índice de Precios al consumidor para el mes de diciembre de 2017 certificado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE). http://www.banrep.gov.co/es/ipc
[32] Índice de Precios al consumidor para el mes de julio de 2015 certificado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE). http://www.banrep.gov.co/es/ipc

En relación con el reconocimiento de perjuicios morales derivados de la pérdida o daños de bienes materiales, resulta necesario advertir que esta Sección del Consejo de Estado[33] ha reconocido este tipo de perjuicio inmaterial, pero siempre que el mismo se encuentre probado dentro del proceso.

En efecto, de acuerdo con las pruebas testimoniales practicadas en desarrollo de la audiencia de pruebas el 11 de mayo de 2015, particularmente de las declaraciones rendidas por la señora Luz Miriam Suárez Cuadros, Justo Fidel Soto Medina y Jaime Eduardo Flórez Blanco son coincidentes en afirmar que como consecuencia de no haberse nombrado en el cargo de rector al señor Jefferson Vladimir López Cifuentes, éste experimentó sentimientos de tristeza, sufrimiento, intranquilidad, decepción que no estaba en el deber jurídico de soportar.

En efecto, en su declaración la señora Luz Miriam Suárez Cuadros manifestó lo siguiente: "*nosotros lo acompañamos a comprar el traje para posesionarse como rector y era una alegría para todo el mundo (...)* ***obviamente fue muy triste, para él fue un golpe muy duro, cambiando radicalmente, se aisló porque como hicieron dos traslados, le desconocieron el derecho que él tenía*** *(...) empezó a decir que no servía de nada estudiar, que la preparación para qué servía (...) que no servía de nada pasar un concurso de méritos pero en el momento del nombramiento es desconocido (...)* ***No es el mismo hombre alegre que conocía*** *(...) Fue objeto de burlas, fue objeto de críticas".* (Destacado por la Sala)

Así las cosas y al encontrarse acreditado a través de las pruebas testimoniales la existencia de un perjuicio moral en el presente asunto, la Sala confirmará la decisión adoptada por la juez de primera instancia en cuanto reconoció 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por éste concepto.

Sin embargo no ocurre lo mismo en tratándose del perjuicio inmaterial denominado alteración a las condiciones de existencia y que fue indemnizado en la sentencia de primera instancia, toda vez que no se encuentra acreditada su existencia en el proceso.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado respecto a la alteración en las condiciones de existencia como perjuicio inmaterial, lo siguiente:

---

[33] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E). Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02187-01(44516).

> *"(...) Bajo esta perspectiva, la Sala ha considerado que,* ***cuando se trata de alteraciones que afectan la calidad de vida de las personas -fuera de los daños corporales o daño a la salud-[34], tales perjuicios se reconocerán bajo la denominación antes mencionada, evento en el cual se podrá solicitar una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral***[35] *(...)".*
>
> *Así mismo, según la sentencia transcrita,* ***el reconocimiento de este daño solo procede si está acreditada su existencia,*** *caso en cual: i) se reconoce a favor de la víctima directa, de su cónyuge o compañero (a) permanente y de sus parientes hasta el 1er grado de consanguinidad, incluidos los biológicos, los civiles derivados de la adopción y los de crianza y ii) la reparación se hace a través de medidas no pecuniarias, a menos que, a juicio del juez, éstas no sean suficientes, evento en el que puede darse sólo a la víctima directa un reconocimiento económico de hasta 100 SMLMV.*
>
> *Dicho perjuicio, como los demás, puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e incluso puede darse por demostrado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la afectación grave de algún derecho constitucional convencionalmente protegido,* ***no obstante debe advertirse que no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio*** *(...)".*
> (Destacado por la Sala)

Como se advierte, el perjuicio inmaterial denominado alteración grave en las condiciones de existencia, diferente al daño a la salud, el mismo tiene vocación indemnizatoria a condición de que se encuentre plenamente acreditada su existencia en el proceso, dejando en claro que no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio.

En el presente caso conforme a las pruebas obrantes en el plenario, la Sala no encuentra acreditada la existencia de la alteración grave en las condiciones de existencia del demandante, ello por cuanto una vez analizadas las pruebas testimoniales practicadas, de las mismas únicamente se puede concluir la existencia de un daño moral más no así de la alteración en las condiciones de existencia.

Aunado a lo anterior y lo que resulta ser más relevante, la circunstancia de no haberse nombrado al demandante en el cargo de rector de la Escuela

---

[34] Respecto del perjuicio por el denominado *"daño a la salud"* consultar, Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente: 22.163, demandante: Luis Carlos González Arbeláez y otros.

[35] Cf. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2007, expediente 16.407.

Normal Superior Santiago de Tunja, no significó para él un cambio grave en sus condiciones de existencia, ello por cuanto continuó ejerciendo el cargo de docente en la misma institución; se precisa que las afectaciones emocionales a que hacen referencia los testigos dentro del proceso, ya fueron indemnizadas dentro del perjuicio moral.

Así las cosas, y como quiera que en el presente asunto no hay lugar al reconocimiento del perjuicio inmaterial denominado alteración en las condiciones de existencia, la Sala modificará el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, a efectos de precisar que en el presente asunto únicamente hay lugar a indemnización por perdida de la oportunidad en la suma de $22.572.818 y por daño moral el equivalente a 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

7. DE LAS COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia,** no se condenará a la parte recurrente, por cuanto se adicionó el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, razón por la cual no se cumple con lo previsto en el numeral 3 del artículo 365 del CGP que establece "*En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de segunda*".

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del 30 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia, el cual quedará así:

> *"SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condena al Municipio de Tunja a pagar los daños ocasionados al señor Jefferson Vladimir López Cifuentes, en los siguientes términos:*

Daños ocasionados por la pérdida de oportunidad	*VEINTIDÓS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO PESOS ($22.572.818)*

Daño moral	*30 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia del 30 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

TERCER: Sin condena en costas.

CUARTO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso

FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Demandante: Jefferson Vladimir López Cifuentes
Demandado: Municipio de Tunja
Expediente: 15001333300620140004801
Reparación Directa

11

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	HILDA MARÍA SARMIENTO GÓMEZ
DEMANDADO:	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES
REFERENCIA:	150013333006-**2014-00169**-01
MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO

Visto el informe secretarial que antecede, y una vez revisado el expediente, advierte el Despacho que se encuentra ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación contra sentencia y que no existen pruebas por decretar (inciso 2° del artículo 327 del C.G.P.).

Así las cosas, y conforme al trámite procesal establecido en el artículo 327 del C.G.P., se fijará fecha de audiencia de sustentación y fallo, para el día **MARTES VEINTE (20) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS OCHO Y TREINTA DE LA MAÑANA (8:30 A.M.)**.

Por lo anteriormente expuesto, se

R E S U E L V E:

PRIMERO: FIJAR el día **MARTES VEINTE (20) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS OCHO Y TREINTA DE LA MAÑANA (8:30 A.M.)**, a fin de celebrar la audiencia de sustentación y fallo de que trata el artículo 327 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: CITAR al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO

N° 11 De Hoy 2018
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 2

Tunja, 24 ENE 2018

Medio de Control : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Marco Antonio Malagón Velosa**
Demandado : **Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**
Expediente : **15001-33-33-006-2015-00075-01**

Magistrado Ponente : **Luis Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que declaró la existencia de cosa juzgada en relación con las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, según lo indica el artículo 138 del C.P.A.C.A, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 1083 de 5 de diciembre de 2014, por medio de la cual se le negó el ajuste de su pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se reliquide y pague su pensión, teniendo en cuenta todos los factores salariales que constituyen salario, devengados en el año anterior a la consolidación del estatus de

pensionado, y el pago de intereses moratorios, conforme lo establece el inciso 3 del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, adujo violación a la ley como causal de nulidad, dado que la entidad demandada reliquidó su pensión sin incluirle la totalidad de factores devengados en el último año de servicio, desconociendo la normatividad aplicable y la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, según los cuales el concepto de salario implica todo lo que constituye remuneración al trabajo, como sueldos, primas, bonificaciones, etc, excluyendo las sumas que por mera liberalidad patronal recibe el trabajador.

Así mismo, alegó falsa motivación del acto acusado, en la medida en que la entidad demandada liquida las pensiones aplicando la Ley 100 de 1993, cuando el artículo 279 de la misma disposición estableció que esta no aplica a los docentes y empleados vinculados al Fondo Nacional del Magisterio.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 24 de junio de 2015, en el que además se ordenó notificar a la entidad accionada, al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo previsto en los artículos 172 y 199 del C.P.A.C.A., modificados por el artículo 612 del C.G.P. (fls. 22-23 vto.).

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Marco Antonio Malagón Velosa
Demandado : Ministerio de Educación – FNPSM
Expediente : 15001-33-33-006-2015-00075-01

1. Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda (fls. 37-41 vto.), manifestando que como quiera que el demandante se vinculó como docente en los términos del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le son aplicables las normas que rigen las prestaciones económicas y sociales para los empleados públicos del orden nacional, conforme lo cual la pensión que en derecho le corresponde debe calcularse teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales consagrados en la Ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicio. Agregó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no está obligado a pagar prestaciones que no correspondan a periodos cotizados o a un valor actuarial no transferido, lo cual garantiza la continuidad del sistema exceptuado de los docentes.

Indicó que si bien los artículos 10 y 102 del C.P.A.C.A. establecen que las autoridades públicas deben aplicar de manera uniforme las normas y extender los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado en las que se haya reconocido un derecho y se acrediten los mismos supuestos fácticos, la Sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, dado que no resolvió un recurso extraordinario o de revisión, no tiene el alcance de criterio unificador, de modo que la interpretación correcta y más acorde con el marco constitucional en el tema de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones es la taxatividad.

2. Audiencia inicial

Evacuadas las etapas previstas en la audiencia llevada a cabo el 2 de febrero de 2016 de julio de 2016, el *a quo* procedió a decretar las pruebas del proceso (fls. 59-70).

Medio de Control	:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	:	Marco Antonio Malagón Velosa
Demandado	:	Ministerio de Educación – FNPSM
Expediente	:	15001-33-33-006-2015-00075-01

3. Audiencia de pruebas

En audiencia adelantada el 29 de marzo de 2016 se incorporaron las pruebas decretadas en audiencia inicial y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión (fls. 80-84)

4. Alegatos de conclusión

Parte demandante (fls. 87-89)

Manifestó que la entidad demandada incurrió en violación a la ley y falsa motivación como causales de nulidad, al desconocer que los factores salariales enlistados en la Ley 62 de 1985 no son taxativos sino meramente enunciativos. Agregó que los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 no pueden ser aplicados al caso ni hacerse extensivos de manera automática, en tanto que el primero se circunscribe al régimen pensional de los congresistas, mientras que el segundo reafirmó la interpretación que sobre el IBL efectuó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto de los trabajadores oficiales, de los cuales es juez natural.

Así las cosas, solicitó dar aplicación al criterio del Consejo de Estado, plasmado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 y reafirmado en sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016, de acuerdo con el cual constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución del servicio, con lo que la enumeración del artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no es taxativa, menos cuando en su inciso segundo admite la existencia de otros factores.

El Ministerio Público

Señaló que en materia de pensiones los docentes no tienen un régimen especial, con la única salvedad de la pensión gracia, de modo que al comenzar a regir la Ley 91 de 1989 la normatividad aplicable en materia de pensiones de jubilación para el sector educativo seguía siendo la Ley 33 de 1985, aplicable a los servidores públicos de todos los niveles, de acuerdo con la cual el monto de la pensión equivale al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores salariales de la Ley 62 de 1985, mientras que la Ley 812 2003 se aplica a los docentes que se vinculen con posterioridad a su expedición.

Indicó que la interpretación hecha por la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 se refirió a la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición de la Ley 100 de 1993, norma que de conformidad con el artículo 279 no es aplicable al personal docente, de modo que la demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación en aplicación de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicio, incluida la prima rural del 10%.

IV. FALLO RECURRIDO

Mediante fallo proferido el 28 de octubre de 2016 (fls. 185-193), el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Tunja declaró la existencia de cosa juzgada, por las siguientes razones:

Señaló que, conforme el recaudo probatorio, dentro del trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado 2007-00092-00, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja, el día 29 de abril de 2011,

ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor con el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicio, teniendo en cuenta sueldo, prima de grado, prima de alimentación, sobresueldo Ord. 23, quinquenio, prima de navidad y prima de vacaciones, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 14 de septiembre de 2012.

En virtud de lo anterior, contrajo el asunto al estudio de los elementos configurativos de la cosa juzgada, a saber, identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica de partes, supuestos que encontró demostrados, resaltando que el Juzgado Tercero homólogo excluyó de la liquidación de la pensión de jubilación la prima rural, en razón a que no fue aportado el decreto que permitiera establecer si la misma fue o no excluida como factor salarial por la norma que la creó, y que en sede de apelación, el Tribunal Administrativo de Boyacá confirmó la decisión, adicionándola en el sentido de inaplicar por inconstitucional el Decreto 165 de 1966, con lo que la pretensión de reliquidación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al estatus pensional, incluyendo la prima rural del 10%, ya fue objeto de pronunciamiento judicial, el cual se encuentra debidamente ejecutoriado.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El apoderado demandante sustentó el recurso de apelación (fls. 196-197), indicando que si bien es cierto el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de 14 de septiembre de 2012, decidió inaplicar por inconstitucional el Decreto 165 de 1966, que consagra la prima rural, la nueva reclamación obedece a la evolución jurisprudencial que se ha venido decantando a partir de la expedición de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, relacionada con la inclusión como factores salariales de todos aquellos

emolumentos que percibe el servidor público de forma periódica y habitual como retribución del servicio.

Agregó que si bien los derechos pensionales son irrenunciables y la reliquidación pensional se puede solicitar cuantas veces sea necesario, la interpretación más acorde con la eficacia de tales derechos es la que atiende a la integración del IBL con el concepto de monto y la inclusión de todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicio, de modo que la prima rural del 10%, al haber sido percibida de forma habitual y periódica por el demandante como retribución del servicio a la docencia oficial, debe ser incluida como factor salarial.

Finalmente, sostuvo que en medida en que las sentencias de unificación del Consejo de Estado, de fechas 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016, restituyeron los derechos laborales de los pensionados, variando la causa pretendi de los procesos judiciales en los que se pretenda la reliquidación pensional, no puede en el presente caso predicarse la configuración de la cosa juzgada en los términos plasmados en la sentencia de instancia, dado que su análisis debe atender a los criterios jurisprudenciales de unificación.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de 24 de noviembre de 2016, el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación (fl. 199), el cual fue admitido en providencia de 14 de julio de 2017 (fl. 204).

A través de proveído de 8 de septiembre de 2017, se abstuvo el Despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordenando a las partes la presentación por escrito de los alegatos, tal y como lo autoriza el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A. (fl. 209).

Medio de Control	:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	:	Marco Antonio Malagón Velosa
Demandado	:	Ministerio de Educación – FNPSM
Expediente	:	15001-33-33-006-2015-00075-01

Parte demandante (fls. 212-213)

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada (fls. 214-218)

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Agregó que no existe relación laboral entre el demandante y el Ministerio de Educación Nacional, el cual traza los lineamientos generales para la prestación del servicio educativo, tal como lo consagró la Ley 715 de 2001, no obstante lo cual no presta dicho servicio ni administra las plantas de personal docente y, por ende, no es empleador de los docentes adscritos a las secretarías de educación de las entidades territoriales.

Por otra parte, señaló que el acto acusado no fue expedido por la entidad demandada, como quiera que tanto el reconocimiento de la prestación como la negación de inclusión de factores salariales fueron hechos por la Secretaría de Educación, y que no contiene la manifestación de la voluntad de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, este último el cual constituye una cuenta especial de la Nación, consistente en un patrimonio autónomo sin personería jurídica, destinado a atender las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta docente, por lo que el reconocimiento de la prestación no está a cargo del ente demandado.

Medio de Control	:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	:	Marco Antonio Malagón Velosa
Demandado	:	Ministerio de Educación – FNPSM
Expediente	:	15001-33-33-006-2015-00075-01

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

El problema jurídico que debe resolverse consiste en determinar si existe cosa juzgada respecto de la pretensión de reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicio, o si, por el contrario, hay lugar efectuar un nuevo estudio pensional, atendiendo al desarrollo que sobre el asunto ha tenido jurisprudencia del Consejo de Estado.

2. –Régimen prestacional de los docentes

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:

> "**Régimen prestacional de los docentes oficiales**. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, **es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley**.
>
> Los docentes que **se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley**, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (...)". (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Acto Legislativo No. 01 de 2005 señaló:

> "**Parágrafo transitorio 1°.** 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". (Negrillas de fuera del texto).

De las disposiciones en cita se deduce que los docentes al servicio del Estado se pensionan con el régimen que les corresponda según la fecha en que se

Medio de Control	:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	:	Marco Antonio Malagón Velosa
Demandado	:	Ministerio de Educación – FNPSM
Expediente	:	15001-33-33-006-2015-00075-01

hayan vinculado, antes o a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. Es decir, que el régimen pensional se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial. Al respecto el Consejo de Estado, ha señalado:

> "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."[1] (Negrillas fuera del texto).

Bajo este contexto queda establecido que la Ley 812 de 2003 es aplicable siempre y cuando los docentes se vinculen con posterioridad a la fecha de su vigencia (27 de junio de 2003) en tanto que quienes ingresaron con anterioridad a esa fecha le son aplicables las normas que con antelación rigen la materia.

Como el demandante ingresó al servicio educativo estatal **el 6 de marzo de 1970** (fl. 76), es evidente que el régimen pensional del actor es anterior al establecido por la Ley 812 de 2003.

3. –Régimen de jubilación aplicable al demandante

En primer lugar, es del caso reiterar que en materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutan de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios con respecto al tratamiento relativo a las normas que regulan su actividad. En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros,

[1] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta de 10 de septiembre de 2009. Radicación No. 1857. Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

quienes a pesar de ser servidores públicos y estar inmersos en un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Así entonces, y de acuerdo al asunto planteado, es importante determinar las diferentes normas que rigen la pensión de jubilación, en términos generales para funcionarios públicos, en razón de que en materia de jubilación los docentes no gozan de régimen especial.

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

> "Así las cosas, el Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, **ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente**" [2]. (Negrilla fuera del texto).

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, el demandante nació el 26 de febrero de 1949 (fl. 159 vto.) y se vinculó al servicio el 6 de marzo de 1970 (fl. 76), razón por la que le sería aplicable el régimen previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, que señalan los factores salariales para liquidar las pensiones de jubilación.

En relación con este tópico, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, estableció la sub-regla que debe observarse para resolver asuntos como el que actualmente se examina, con el propósito de garantizar principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral, actuando en consonancia con lo previsto en la decisión precitada.

---

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 23 de septiembre de 2010. Radicación No. 1857. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

El Alto Tribunal adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio. Además, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Así las cosas, no obstante ser aplicables al accionante, para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación, las normas establecidas en la precitada Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto que debe atenderse el criterio de unificación en mención, en el que se consideró que la pensión debe liquidarse con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Luego, para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación periódica ha de atenderse ese criterio, en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

Según la jurisprudencia de la cual se viene hablando, acorde con lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley 1045 de 1978, los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de determinar el monto pensional eran superiores a los enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, disposiciones que por demás no contienen una lista taxativa de los factores salariales que han de servir de base para establecer el salario plante de liquidación, sino meramente enunciativa, lo que permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador en el último año de servicio, criterio que hace reconocimiento también del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que impone tener en cuenta las

condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral por parte del trabajador.

4. -Lo que está probado en el proceso

El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere el presente medio de control, en tal virtud, se destaca lo siguiente:

a) Resolución No. 1083 de 5 de diciembre de 2014, "Por medio de la cual se niega el ajuste de la pensión de jubilación" (fls. 13-16).
b) Certificado salarios del demandante, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 17 y 77).
c) Certificado de tiempo de servicio, expedido por la Secretaría de Educación de Tunja (fl. 76).
d) Sentencia de 29 de abril de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja dentro del trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado 2007-00092-00, la cual ordenó reliquidar y pagar la pensión de jubilación del demandante (fls. 150-164).
e) Sentencia de 14 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión, la cual resolvió confirmar la sentencia de 29 de abril de 2011, emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja, adicionándola en el sentido de inaplicar por inconstitucional del Decreto 165 de 1966 (fls. 167-174).

5. –Solución al caso concreto

Establecido como quedó en líneas atrás que los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la accionante son las Leyes 33 y 62 de 1985, para efectos de la reliquidación de su pensión de jubilación, está claro que tiene derecho a que se le incluyan en la liquidación de su mesada pensional la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicio.

Ahora bien, teniendo en cuenta los fallos de primera y segunda instancia, proferidos por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja y el Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Descongestión, respectivamente, se entrará a establecer si existe cosa juzgada respecto de la pretensión de reliquidación pensional con inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicio.

5.1. –De la cosa juzgada formal y material

La cosa juzgada del latín "res iudicata" tiene un efecto fundamental en el proceso, porque busca evitar que el juez vuelva sobre el mismo asunto, dándole seriedad, certeza y seguridad jurídica a las decisiones judiciales, lo que se traduce en garantía para el orden y la buena marcha de la sociedad.

De otra parte, la doctrina distingue dos modalidades: cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La primera, opera cuando la sentencia queda ejecutoriada, ya porque no se hizo uso de los recursos dentro del término de ley, o porque interpuestos estos, se resolvieron por parte de la autoridad correspondiente; aunque, cabe la posibilidad del ejercicio de algunos de los llamados recursos extraordinarios que se esgrimen contra las providencias ya ejecutoriadas. La segunda, tiene lugar cuando contra la sentencia no existe posibilidad alguna de recurso, bien porque contra el fallo no procede recurso alguno, bien porque el término de los recursos extraordinarios precluyó, o porque éstos fueron decididos de manera desfavorable.

Normativamente, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla los efectos de la cosa juzgada en materia administrativa. Precisa la Sala que conforme a la norma precitada, en los asuntos en los que se controvierte la legalidad de actos administrativos,

la sentencia que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi.

De igual forma, para analizar la procedencia del fenómeno de la cosa juzgada en el sub judice, es necesario acudir al artículo 303 del Código General del Proceso, en virtud de la remisión que hace el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden, la norma precitada del estatuto procesal general contiene tres presupuestos que es necesario confrontar para determinar su existencia en el caso concreto. Es decir, la estructuración de la cosa juzgada para ser oponible como excepción a la iniciación y prosecución de un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de un fallo dictado en un primer proceso, requiere de la conjunción de los siguientes elementos: i. Identidad de partes: Es decir, que se trate de unas mismas personas que figuren como sujetos procesales de la acción. ii. Identidad de objeto: Que las pretensiones reclamadas en el nuevo proceso correspondan a las mismas que integraban el petitum del primero en donde se dictó el fallo. iii. Identidad de causa: Cuando el motivo o razón que sirvió de fundamento a la primera demanda, se invoque nuevamente en una segunda.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario examinar cada uno de los elementos que configuran el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, a fin de establecer su cumplimiento, y de esa manera poder resolver el problema jurídico planteado.

i. Identidad de partes:

De las pruebas documentales aportadas se colige que tanto en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho adelantada ante el Juzgado Tercero

Administrativo del Circuito de Tunja, radicada bajo el número 2007-00092-00, como en el presente medio de control, fungen como demandante el señor MARCO ANTONIO MALAGOÓN VELOSA, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.750.256, y como parte demandada LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIOES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fls. 3 y 150).

ii. Identidad de objeto:

Al respecto, se advierte que aun cuando se enjuician actos administrativos diferentes, el objeto del restablecimiento pretendido en ambos procesos tiene que ver con la liquidación y pago de la pensión, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, con efectividad a partir del 27 de febrero de 2004 (fls. 4 y 150 vto.).

iii. Identidad de causa:

Conforme la certificación salarial visible a folio 17, se advierte que en el año anterior a la consolidación del estatus pensional, periodo comprendido entre el 27 de febrero de 2003 y el 26 de febrero de 2004, el demandante devengó asignación básica, quinquenio, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo ordenanza 23, prima de vacaciones, prima de navidad y prima rural, factores que el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja, mediante sentencia de 29 de abril de 2011, ordenó incluir en la liquidación pensional del actor, con excepción de la prima rural, por considerar que al no haber sido aportado el decreto que la creó no era posible establecer el carácter salarial de dicho reconocimiento, ni la competencia del funcionario que expidió dicho estatuto, lo que permitiera pronunciarse sobre la constitucionalidad del mismo.

Así las cosas, toda vez que el motivo de apelación de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja tuvo que ver con la negativa frente a la inclusión de la prima rural del 10% en la liquidación de la pensión, y toda vez que el acto actualmente enjuiciado negó una solicitud de revisión de la pensión de jubilación por reconocimiento de la prima rural del 10% como factor salarial, se concluye que existe identidad de causa en los procesos analizados, más cuando ambos relacionan los mismos hechos y concepto de violación.

Ahora bien, como quiera que el demandante considera que en el caso particular no se puede predicar la configuración de cosa juzgada, dado el cambio de criterio jurisprudencial del Consejo de Estado plasmado en sentencias de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016, lo que en su parecer varió la causa pretendi de los procesos en los en los que se persigue la reliquidación pensional, es importante reseñar que en reciente pronunciamiento esa misma Corporación, a respecto de la firmeza de las decisiones judiciales, señaló:

> "Igualmente, «(…) resulta concluyente que las providencias que se adopten sobre el fondo de las reclamaciones en cualquier debate jurídico que sea sometido a su conocimiento, salvo las expresas excepciones consagradas por el legislador, constituyan, de una parte, un imperativo categórico para quienes en él intervengan y, de otro, un tema superado en forma definitiva sin que pueda abordarse nuevamente su estudio, con miras a evitar que la discusión se convierta en debate ad infinitum que impida el ejercicio pleno de los derechos subjetivos controvertidos.»[3]
>
> (…)
>
> Por ende, aun cuando eventualmente las posiciones y tesis judiciales puedan variar en el tiempo, debido a cambios sociales o a la mutación en los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico, así como también a un tránsito constitucional o legal relevante, las providencias adoptadas se mantienen absolutamente incólumes, pues las mismas obedecieron a un estudio que en su momento fue válido y que de desconocerse, atentaría gravemente contra el principio de seguridad jurídica[4]. (…)."

De lo anterior se colige que no obstante la variación de las tesis judiciales, e incluso el tránsito constitucional y legal, las decisiones adoptadas con base en las normas y la jurisprudencia vigentes al momento de su expedición son

[3] Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de 25 de septiembre de 2013, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren
[4] Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de 26 de octubre de 2017, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

inmutables, con lo que no resultan de recibo los argumentos del demandante encaminados a reabrir el debate jurídico respecto de la reliquidación de su pensión, menos, si se tiene en cuenta que las providencias que sobre el mismo asunto emitieron el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja y el Tribunal Administrativo de Boyacá, fueron proferidas el 29 de abril de 2011 y el 14 de agosto de 2012, respectivamente, esto es, con posterioridad a la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, cuya aplicación invoca el demandante y que fue tenida en cuenta por el fallador al momento de ordenar la reliquidación pensional del actor, tal como aparece en la parte motiva de la sentencia del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja, proferida el 29 de abril de 2011 (fls. 150-164).

Finalmente, teniendo en cuenta que la actual controversia gira de manera específica en torno a la inclusión en la liquidación pensional de la prima rural del 10%, cabe mencionar que no obstante la aplicabilidad de la tesis unificada del Consejo de Estado reseñada por el actor, dicho emolumento, en la medida en que no remunera directamente la labor, no constituye factor salarial para efectos pensionales, tal como lo ha sostenido esta Corporación al señalar:

> "Ahora, si la prima rural busca solventar las dificultades generadas por la ubicación del establecimiento educativo, entonces no puede afirmarse que remunere directamente la labor, por ello no se comprendió allí a todos los docentes, es decir, no remunera el servicio sino un riesgo o dificultad adicional. Así pues, no es una contraprestación derivada **directamente** de la prestación personal y subordinada del servicio, sino un reconocimiento tendiente satisfacer una condición excepcional e incómoda, como la de laborar en un área no urbana, que dificulta el transporte o movilidad del educador, el acceso a información y servicios, etc.
> (...)
> Así las cosas, conforme a la sentencia de unificación citada, los factores mencionados y dejados de incluir en el acto demandado debían ser tenidos en cuenta, **excepto la prima rural del 10%** comoquiera que no se constituye como factor salarial en la liquidación de la pensión de jubilación de la accionante[5]."

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Circuito de Tunja, que declaró la existencia de cosa juzgada en el presente asunto.

[5] Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión No. 3. Sentencia de 13 de junio de 2016. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

6. -Costas y agencias en derecho

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia al demandante, en virtud de que no prosperó el recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas; igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $308.200.oo, que corresponde al 5% de la estimación de la cuantía indicada en la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, el 28 de octubre de 2016, que declaró la existencia de cosa juzgada en el presente asunto.

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

TERCERO. FIJAR como agencias en derecho, a cargo del demandante, la suma de $308.200.oo.

Medio de Control	:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	:	Marco Antonio Malagón Velosa
Demandado	:	Ministerio de Educación – FNPSM
Expediente	:	15001-33-33-006-2015-00075-01

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2017
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	HECTOR MANUEL JIMÉNEZ FANDIÑO
DEMANDADO:	UGPP
REFERENCIA:	150013333006-**2015-00191**-01
MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada, contra la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2017 (fls. 52-74), por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

Para resolver se considera:

1. **Oportunidad**

Teniendo en cuenta que el C.P.A.C.A. no prevé una reglamentación especial para los procesos ejecutivos, se hace necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 306 *ibídem:*

> ***"Artículo 306. Aspectos no regulados.*** *En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo."*

En ese sentido, y en vista que la norma antes citada remite a lo dispuesto en el C.P.C., el cual fue derogado por el C.G.P., es dable atender a las previsiones que en lo pertinente consagra este último:

> ***"Artículo 322. Oportunidad y requisitos.*** *El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:*
>
> *1. El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el curso de una audiencia o diligencia, deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada. El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y*

juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos.

La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.

(...)
Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso** en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, **deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.

Para la sustentación del recurso ***será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.***

(...)" (Resalta el Despacho).

La sentencia recurrida fue notificada en los términos del artículo 202 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, en estrados el **8 de noviembre de 2017** (fl. 72.); el recurso fue presentado y sustentado por la apoderada de la entidad demandada en la misma audiencia, es decir, por lo que se entiende oportuno.

2. Procedencia

El artículo 321 del Código General del Proceso, establece que "*son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad*", por lo que el recurso interpuesto por la apoderada de la parte accionada, resulta procedente.

En mérito de lo expuesto, se

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada, contra la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito

Judicial de Tunja, en el proceso iniciado por HÉCTOR MANUEL JIMÉNEZ FANDIÑO contra la UGPP.

SEGUNDO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia, las partes podrán pedir pruebas, las cuales solo se decretarán en los casos previstos en el artículo 327 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 17 De Hoy ----------
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

MEDIO DE CONTROL	VALIDEZ DE ACUERDO MUNICIPAL
REFERENCIA:	150012333000-**2018-0004**-00
DEMANDANTE:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
DEMANDADO:	Acuerdo N° 024 del 26 de noviembre de 2017 del Concejo Municipal de Almeida

Ingresa el expediente al Despacho para resolver sobre la admisión de la demanda contra la validez del Acuerdo N° 024 del 26 de noviembre de 2017 del Concejo Municipal de Almeida - Boyacá y sancionado por el Alcalde Municipal e interpuesta por el Departamento de Boyacá.

I. ANTECEDENTES

A folios 8-9 del expediente se observa que el Acuerdo N° 024 del 26 de noviembre de 2017 del Concejo Municipal de Almeida - Boyacá, fue radicado ante la Dirección Jurídica del Departamento de Boyacá el 30 de noviembre de 2017; posteriormente, fue remitido a esta Corporación el 11 de enero de 2018.

II. CONSIDERACIONES

Por lo tanto, el accionante se encuentra dentro de la oportunidad señalada por el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 para interponer esta demanda. Así las cosas, satisfechos los requisitos exigidos en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, artículos 117 a 121 del Decreto Ley 1333 de 1986, para el trámite de la solicitud el Despacho:

RESUELVE:

PRIMERO: ADMÍTASE la demanda presentada contra la validez del Acuerdo N° 024 del 26 de noviembre de 2017 del Concejo Municipal de Almeida -Boyacá.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente este auto al alcalde municipal de Almeida - Boyacá, personero municipal, al Presidente del Concejo Municipal y al Ministerio Público delegado ante esta corporación, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y el art. 171 No 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Realizada la notificación, fíjese en lista el proceso por el termino de 10 días de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 1333 de 1986, para los efectos allí previstos.

CUARTO: Cumplido lo anterior, regrésese el expediente al Despacho para continuar con el tramite establecido en el Decreto Ley 1333 de 1986 artículo 121.

QUINTO: Se reconoce personería para actuar a la Abogada LUZ ELIYER SIERRA RUSSI, identificada con la C.C. No 51.728.001 expedida en Bogotá y Tarjeta Profesional No 67.179 del C.S.J., como apoderada de la demandante, en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 1.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA
POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 11 De Hoy
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja,

Demandante	Beatriz Elena Palacio Marín.
Demandado	Municipio de Puerto Boyacá-Empresa de Servicios Públicos.
Expediente	15001-33-33-006-2016-0003-01
Medio de control	Reparación Directa.
Asunto	Auto admite recurso de apelación.

De acuerdo al informe secretarial visible a folio 293, se encuentra el expediente al Despacho, a efecto de pronunciarse respecto al recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que ésta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (Art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja el día 15 de septiembre de 2017 (Fls. 266 a 282), notificada a las partes por correo electrónico. Entre tanto, el escrito de apelación fue presentado en oportunidad (Fls 285 a 287) y fue debidamente sustentado.

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, éste Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto el 21 de septiembre de 2017 por el apoderado de la parte demandante, en contra la sentencia del 15 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[1] de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, 3 de marzo de 2017 siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[1] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 24 FEB 2017

Demandante	Blanca Isabel Forero Camacho
Demandado	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP
Expediente	15001-33-33-006-2016-00057-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Confirma parcialmente sentencia de primera instancia – accedió pretensiones – reliquidación pensional.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la apoderada de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP (Fls 194 a 209), en contra de la sentencia proferida el 31 de Marzo de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (Fls 173 a 187).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (Fls 4 a 13).

La señora Blanca Isabel Forero Camacho a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la nulidad de la Resolución No.RDP 045860 del 05 de noviembre de 2015 y nulidad de la Resolución No. RDP 005610 del 10 de febrero de 2016, por medio de las cuales se niega la reliquidación de la pensión de vejez.

A título de restablecimiento del derecho solicita se reliquide y pague la pensión de vejez, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Así mismo solicita se condene a la entidad demandada a efectuar y pagar la indexación de la primera mesada pensional, así como la indexación de las diferencias causadas y el pago de los intereses moratorios en los términos de los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.1 Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

Afirmó la demandante que laboró al servicio del estado, en calidad de servidora pública en el Hospital Regional de Moniquirá desde el día 23 de julio de 1982 al 30 de Enero de 2005, fecha ésta última de retiro definitivo del servicio oficial.

Indicó la demandante que nació el día 18 de diciembre de 1957 y que por ende adquirió el status jurídico de pensionada por edad el día 18 de diciembre de 2012, fecha en la cual cumplió 55 años de edad.

Adujo que la entidad demandada mediante la Resolución No. RDP 019166 del 25 de abril de 2013, había ordenado el reconocimiento de la pensión de vejez, en cuantía de $818.716, haciéndola efectiva a partir del 18 de diciembre de 2012, fecha de cumplimiento de los 55 años de edad, por cuanto ya se había retirado del servicio.

Precisó la demandante que por medio de apoderado el día 7 de julio de 2015, se solicitó a la U.G.P.P., la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores que componen el salario devengado en el último año de servicio, así como la indexación de la primera mesada pensional, petición que fue negada por medio de la resolución No. RDP 045860 del 05 de noviembre de 2015.

Sostuvo la demandante que interpuso el recurso de apelación contra la referida resolución, la cual fue confirmada a través del acto administrativo No. RDP 005610 del 10 de febrero de 2016.

Finalmente adujo la demandante que devengó en el último año de servicio, esto es, desde el 01 de febrero de 2004 al 30 de enero de 2005, los siguientes factores componentes de salario: A) Sueldo básico mensual, B) Prima de antigüedad, C) Subsidio de alimentación, D) Auxilio de transporte, E) Recargos nocturnos, F) Prima de servicios, G) Prima de vacaciones, H) Prima de navidad.

1.2. Normas violadas

Invocó como normas violadas las previstas en las siguientes disposiciones: Constitución política de 1991: Arts. 1,2., 6., 13., 25., 48 y 53. Código civil: Art 10º. Ley 57 de 1887: Articulo 5, ley 4 de 1966, Decreto Ley 1045 de 1978. Ley 33 y 62 de 1985, Ley 1437 de 2011.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término procesal correspondiente, la apoderada de la entidad demandada, presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda (Fls. 64 a 81).

Afirmó que los actos administrativos demandados fueron expedidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993 aplicables a los beneficiarios del régimen de transición; así las cosas y como quiera que la demandante adquirió su status pensional en vigencia de dicha ley, quedó sujeta al régimen de transición que le permite pensionarse con tres de los beneficios del régimen anterior, cuales son, la edad, el tiempo servido y el monto de la pensión.

En lo que tiene que ver con los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la pensión, indicó que la incorporación de los servidores públicos al Sistema General de Pensiones, implica tener en cuenta los parámetros establecidos en el Decreto 1158 de 1994, que establece taxativamente los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la pensión.

Como sustento de lo anterior, la apoderada de la entidad demandada citó la sentencia C-258 de 2013, en la que la Corte Constitucional consideró que una interpretación que permita la inclusión de todos los factores sin que se tenga en consideración si estos tienen el carácter remunerativo o si sobre éstos se realizó cotización al Sistema General de Pensiones, resulta inconstitucional, puesto que va en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social.

En consecuencia, aseguró que corresponde al fallador dar aplicación a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, proferidas por la Corte Constitucional, como quiera que en el presente asunto se discute el monto pensional de servidor público beneficiario del régimen de transición, cuyos factores salariales a liquidar son única y exclusivamente los que efectivamente fueron cotizados, en virtud del principio de solidaridad y sostenibilidad presupuestal y el equilibrio financiero del sistema de seguridad social integral.

Propuso las siguientes excepciones:

- ***Falta de jurisdicción o competencia:*** Sostuvo que la demandante laboró en el cargo de operaria de servicios generales, es decir, se trata de un trabajador oficial razón por la cual la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral.

- ***Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido*:** Indicó que la pensión de la demandante al ser beneficiaria del régimen de

transición le fueron respetados la edad, el tiempo de servicio y el monto del régimen anterior. Por lo tanto el reconocimiento y pago de la pensión se realizó en debida forma, razón por la cual no es viable el pago de nuevas sumas por ese concepto.

- ***Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales:*** Precisó que la demandada no ha incurrido en la violación a principios constitucionales o legales y mucho menos de violación a derechos fundamentales, ya que el derecho de la demandante fue reconocido tal y como lo ordena la ley.

- ***Prescripción de mesadas:*** Solicitó que en un eventual caso de acceder a las pretensiones de la demanda, se declare la prescripción de las mesadas pensionales o diferencias mensuales causadas con 3 años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda, prescripción que en efecto deberá decretarse con respecto a la fecha en que el demandante adquirió el status pensional, de acuerdo con el Decreto 1848 de 1969.

- ***Solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones:*** Solicitó que en caso de encontrarse probada una excepción de fondo, se reconozca oficiosamente en la sentencia, conforme al artículo 282 del Código general del Proceso.

3. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, puso término a la instancia mediante sentencia proferida el 31 de marzo de 2017, a través de la cual resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda (Fls. 173 a 187).

Indicó en cuanto al alcance del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a efectos del reconocimiento de la pensión se debe acudir a las normas anteriores, estas son ley 33 y 62 de 1985 en cuanto tiene que ver con la edad, semanas cotizadas, monto de la pensión e ingreso base de liquidación, tal como lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En cuanto a la indexación de la primera mesada pensional señaló que tal figura es un mecanismo para garantizar la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada pensional, ello en el evento en que medie un tiempo sustancial entre el momento en que el trabajador se retira y el reconocimiento pensional.

El juez adujo que en el presente caso no resultan aplicables las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, por cuanto tales sentencias hacen referencia a regímenes pensionales especiales diferentes a lo aquí debatido.

En el caso concreto el juez señaló que la señora Blanca Isabel Forero Camacho al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que su pensión le fuese reliquidada en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, entre el 31 de Enero de 2004 al 30 de Enero de 2005.

Adujo que de acuerdo a las pruebas obrantes en el plenario, la demandante en el último año de prestación de servicios percibió además de la asignación básica, horas extras por trabajo dominical y festivo, prima de antigüedad y bonificación por ser servicios prestados, devengó auxilio de alimentación, auxilio de trasporte, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, los cuales ordenó incluir en la reliquidación de la mesada pensional.

Adicionalmente señaló que la demandante tiene derecho a la indexación de su primera mesada pensional a través de su actualización conforme a la variación del índice de precios al consumidor desde el 30 de enero de 2005, fecha de retiro del servicio, hasta el 18 de diciembre de 2012, fecha en que adquirió el estatus de jubilado.

Finalmente en cuanto a la excepción de prescripción la declaró no probada en razón a que la pensión de jubilación se hizo efectiva a partir del 18 de Diciembre de 2012 y como quiera que presentó petición de reliquidación el 07 de julio de 2015 y presentó demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa el 04 de Mayo de 2016, esto es dentro del término de prescripción trienal.

4. RECURSO DE APELACION

Encontrándose dentro del término para ello, la Unidad de Pensiones y Parafiscales U.G.P.P, presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por el *a quo* solicitando se revoque la misma y se nieguen las pretensiones de la demanda (Fls 194 a 209).

Señaló que en principio, la demandante se regía por la Leyes 33 y 62 de 1985; sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se creó un régimen de transición que respetaba tres condiciones del régimen anterior para alcanzar el derecho a la pensión: edad, tiempo de servicio y monto de la pensión a reconocer.

Adujo que si bien el régimen que rige la situación pensional de la demandante, es el previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, lo cierto es que su

aplicación se supedita básicamente a la edad, el tiempo y el monto; en lo demás, como los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, corresponde observar los previstos en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes y no las leyes anteriores.

Indicó que corresponde al Tribunal dar aplicación a las sentencias C-258 de 2013, SU 230 de 2015 y SU-427 de 2016, proferidas por la Corte Constitucional, como quiera que en el presente asunto se discute el monto pensional de servidor público beneficiario del régimen de transición, cuyos factores salariales a liquidar son única y exclusivamente los que efectivamente fueron cotizados, en virtud del principio de solidaridad y sostenibilidad presupuestal y el equilibrio financiero del sistema de seguridad social integral.

Definió que en virtud de lo anterior, no hay lugar a ordenar incluir los factores salariales reconocidos en la sentencia: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones como ítems que integren el salario periódico, por cuanto no se han efectuado aportes sobre ellos y no se encuentran taxativamente señalados en la norma aplicable.

Concluyó afirmando que en aplicación a la sentencia C-258 de 2013, ratificada en la SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional y SU-427 de 2016, la demandante no tiene derecho a la reliquidación solicitada y solicitó se corrija los errores cometidos por el fallador de primera instancia.

Finalmente en cuanto a la condena en costas en primera instancia solicitó se revoque tal decisión en razón a que la misma procede únicamente cuando la conducta ha sido temeraria o abusiva, lo cual no se presentó en el presentó en el presente asunto.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Parte demandante

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente el apoderado de la parte demandante, presentó escrito de alegatos de conclusión, en los que reiteró los fundamentos de derecho expuestos en el escrito de la demanda, solicitando se confirme de manera íntegra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad de Tunja (Fls. 238 a 240).

5.2. Parte Demandada

La apoderada de la entidad demandada dentro del término procesal correspondiente, presentó alegatos de conclusión en los cuales ratificó los fundamentos de hecho y de derecho presentados en con el recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el recurso interpuesto por la parte demandada contra la decisión de primera instancia, corresponde a la Sala establecer si es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por el *a quo*

Su decisión se encaminó a acceder a las pretensiones de la demanda en razón a que concluyó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que su mesada pensional debe ser reliquidada con todos los factores devengados en el último año de servicios, esto es, del 31 de enero de 2004 al 30 de enero de 2005, incluyendo la asignación básica, remuneración por horas extras de trabajo dominical y festivo, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad ello en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985.

b) Tesis argumentativa propuesta por la apelante

Su inconformidad radica en para este caso se puede develar una colisión de principios constitucionales, el de la inescindibilidad de la norma con los principios de igualdad y sostenibilidad del sistema pensional en materia presupuestal y el primer argumento para la no aplicación del principio de inescindibilidad es el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que estableció que

el régimen de transición determinó como condiciones a mantener la edad, el tiempo de servicio y el monto de la prestación.

Indicó que corresponde al Tribunal dar aplicación a las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, proferidas por la Corte Constitucional, como quiera que en el presente asunto se discute el monto pensional de servidor público beneficiario del régimen de transición, cuyos factores salariales a liquidar son única y exclusivamente los que efectivamente fueron cotizados, en virtud del principio de solidaridad y sostenibilidad presupuestal y el equilibrio financiero del sistema de seguridad social integral.

Definió que en virtud de lo anterior, no hay lugar a ordenar incluir los factores salariales reconocidos en la sentencia: auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones como ítems que integren el salario periódico, por cuanto no se han efectuado aportes sobre ellos y no se encuentran taxativamente señalados en la norma aplicable.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Esta Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia por considerar que en aplicación del precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2010, tal como lo señaló el *a quo,* a la demandante le asiste el derecho a que en la base de liquidación de su prestación pensional le sean incluidos la totalidad de los factores salariales que devengó durante el año anterior al retiro del servicio y que no fueron incluidos en el acto de reconocimiento, valga decir, en la Resolución No. RDP 019166 de 25 de abril de 2013.

En tal sentido establecerá que las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, no resultan aplicables al presente caso, en tanto no se cumple con las subreglas fijadas por la Corte Constitucional a efectos de hacer viable su aplicación, esto es, que la prestación se haya obtenido con abuso del derecho, o que el derecho pensional se haya causado con posterioridad a la expedición de la sentencia de unificación SU-230 de 2015.

Dirá que es dable como lo hizo el *a quo*, declarar la nulidad de las Resoluciones No. RDP 045860 de 05 de noviembre de 2015 y No. RDP 005610 de 10 de febrero de 2016, y ordenar la reliquidación de la mesada pensional del demandante con inclusión de los siguientes factores salariales: **asignación básica, remuneración por horas extras de trabajo dominical y festivo, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.**

Sin embargo adicionará el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia a efectos de precisar que la reliquidación que de la pensión se realizará tomando como base el 75% de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, esto es, entre el 31 de enero de 2004 al 30 de enero de 2005.

De otro lado, dirá que atendiendo el criterio sentando o trazado por éste Tribunal en torno a éste asunto, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP, tal como lo indicó el a quo deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, dirá que la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la demandante – entonces empleada – en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: el ***i)*** Régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; el ***ii)*** Régimen prestacional anterior previsto en las leyes 33 y 62 de 1985; el ***iii)*** Desarrollo jurisprudencial entorno a los factores salariales tenidos en cuenta para liquidar la pensión de vejez según la Ley 33 de 1985; la ***iv)*** Obligatoriedad del precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado, el ***v)*** Ámbito de aplicación de las sentencias C-258 de 2013, SU 230 de 2015 y SU-427 de 2016 proferidas por la Corte Constitucional en materia de factores pensionales, ***vi)*** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, para finalmente resolver el ***vii)*** Caso concreto.

2. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

En virtud de la Ley 100 de 1993, fue creado el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 36 dispuso lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se*

incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

(...).".

De lo anterior se infiere que la Ley 100 de 1993 instituyó un régimen de transición, entendido como aquel beneficio en favor de las personas que cumplan al entrar en vigencia la nueva ley[1] ciertos requisitos establecidos por dicho precepto, estos son, que el interesado(a) tenga mínimo 40[2] y 35[3] años de edad o 15 o más años de servicios cotizados, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se siguen rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

3. RÉGIMEN PRESTACIONAL ANTERIOR PREVISTO EN LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985.

Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 existían otros regímenes de contenido prestacional, entre ellos el previsto en la Ley 33 de 1985, el cual en su artículo 1° preceptuó:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

La Ley 33 de 1985, en su artículo 3°, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación, así:

---

[1] ***ARTICULO. 151.-Vigencia del sistema general de pensiones.*** *El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1° de abril de 1994. (...)*
PARAGRAFO.*-El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.*

[2] Si es hombre.

[3] Si es mujer.

> *"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*
>
> *Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*
>
> *En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".*

De tal suerte, que los empleados públicos con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993, se pensionaban bajo las previsiones de la Ley 33 de 1985 y las correspondientes modificaciones introducidas por la Ley 62 del mismo año, excepto que estuvieran en el régimen de transición establecido en dicha Ley 33 o gozaran de un régimen especial.

De igual manera, en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100, las citadas normas siguen siendo aplicadas a los empleados públicos destinatarios de ellas.

En cuanto tiene que ver con los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, la Ley 33 de 1985 dispuso:

> *"Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*
>
> *Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*
>
> *En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".*

Por su parte, la Ley 62 de 1985, modificó el artículo 3º de la Ley 33, así:

> *"Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha*

> *Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".*

Por lo anterior, se puede concluir que el cambio introducido por la Ley 62 a la Ley 33 se ciñó básicamente a añadir las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación a la lista de emolumentos sobre los cuales debían liquidarse y pagarse los aportes a la respectiva entidad previsional y determina que los factores sobre los que se calcularon los aportes deberán incluirse siempre en la liquidación de las pensiones.

4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LOS FACTORES SALARIALES TENIDOS EN CUENTA PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN DE VEJEZ SEGÚN LA LEY 33 DE 1985.

En principio el Consejo de Estado, en sus Subsecciones "A" y "B" de la Sección Segunda, en relación con los factores salariales que debían constituir el ingreso base de liquidación pensional, estableció criterios oscilantes entre el alcance del artículo 3° de la Ley 33 de 1985, en algunas ocasiones consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente expresó que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Hasta que finalmente unificó su criterio en sentencia de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sala de la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el proceso con radicación No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112- 09), en la que señaló:

> *"La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por*

aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios[4].

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse. *"*(Destacado por la Sala*).*

Posición que la actual jurisprudencia del tribunal de cierre de lo contencioso administrativo ha mantenido, como quiera que la interpretación dada a las Leyes 33 y 62 de 1985 respondió a la aplicación del principio de favorabilidad previsto en la norma superior en favor de los trabajadores.

En éste punto, resulta pertinente destacar que la Corte Constitucional en sentencia C-354 de 2015, se declaró inhibida para pronunciarse de fondo frente a la interpretación dada por el Consejo de Estado al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto la demanda no cumplió con los requisitos exigidos para un pronunciamiento de fondo, entre otros una carga argumentativa suficiente; en efecto indicó la Corte:

"(…) Al realizar el análisis sobre la demanda interpuesta, se encontró que ésta carece de dos requisitos sine qua non para el conocimiento de fondo, tales como suficiencia y certeza, pues en tratándose del primero, el demandante no demostró fácticamente que la interpretación aludida por él constituía efectivamente una posición sólida del Consejo de Estado, pues solo trajo a colación un caso particular, sin haber probado que dicha postura se erigía como derecho viviente. Y, además, no argumentó, de manera clara y precisa, por qué, a su parecer, tal interpretación contradice los artículos 13, 48 y 230 de la Carta Fundamental.

En cuanto a la certeza, el demandante no argumentó, de manera convincente y explicita, por qué la norma aludida no debe ser interpretada como lo hace el Consejo de Estado, sino como él y otros operadores jurídicos lo entienden.

En consecuencia, la Corte debe declararse inhibida para conocer el problema jurídico planteado en la demanda, al no contener los requisitos exigidos por la

[4] Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil

jurisprudencia y, en consecuencia, configurarse la ineptitud sustantiva de los cargos formulados (...)".

Así las cosas, la Corte Constitucional no ha encontrado una argumentación suficiente que le permita pronunciarse de fondo respecto de la interpretación que el Consejo de Estado como Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a fin de determinar si la misma contradice los artículos 13, 48 y 230 de la Constitución.

5. OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL FIJADO POR EL CONSEJO DE ESTADO.

A partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011, en su artículo 10 consagró sobre las sentencias de unificación que las autoridades *"al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas".*

El precepto citado fue objeto de control de constitucionalidad, llevado a cabo por la Corte Constitucional quien mediante sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011, declaró su exequibilidad, indicando que este tipo de sentencias son fuente formal del derecho. Al respecto, decantó:

"(...) 14. Para asumir el primero de los aspectos citados, la Corte partió de la reconceptualización del principio de legalidad, al cual se encuentra sometido la actuación de los servidores públicos, la cual vincula el concepto "ley" u "orden jurídico" a la jurisprudencia como fuente formal de derecho. Para esa postura, en tanto diversas normas constitucionales obligan a que la actuación de las autoridades administrativas esté sometida al imperio de la ley, ello significa que dichos funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial, según se explicó en precedencia.

(...)

Lo anterior conlleva necesariamente una adecuada interpretación del concepto "imperio de la ley" al que refiere el artículo 230 C.P. Para la Corte, la definición de las reglas de derecho que aplican las autoridades administrativas y judiciales pasa un proceso interpretativo previo, en el que armoniza el mandato legal articular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente. A su vez, cuando esta labor es adelantada por aquellas máximas instancias de justicia, que tienen la función constitucional de unificar jurisprudencia con carácter de autoridad, tas subreglas resultantes son vinculantes, siendo el sustento de esa conclusión la naturaleza imperativa que la Carta confiere a la ('(institución y a la ley. En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento

de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades. (...) "

Sin embargo la anterior postura se había fijado de tiempo atrás por la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, mediante la cual se refirió a la función de unificación del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

"A juicio de la Corle, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. ***En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución*** *y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones". (*Destacado por la Sala*)*

A su turno, la sentencia C-539 de 2011 lo ratificó, así:

"5.2.3. La jurisprudencia de esta Corle ha precisado que ***el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa —art. 29. 121 y 122 Superiores-****, en cuanto (i) las autoridades están sometidas a/ imperio de la Constitución y de la ley. y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley: (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable: (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 CP): (v)* ***las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley -art. 13 C.P.***

Por tanto, si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación.

(...)

5.2.5 De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que ***para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia****, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. En este sentido ha dicho la Corte:*

"Lo señalado acerca de los jueces ***se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos****. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto." (Resalta la Sala)*

(...)

En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado esta Corte que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, ***y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación*** *en la jurisdicción ordinaria o Corte de Justicia,* ***en el derecho administrativo por el Consejo de Estado*** *y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera,* ***una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial."*** *(*Destacado por la Sala*)*

En efecto, la función unificadora del Consejo de Estado nació desde la Constitución Política de 1991, y se concreta o materializa con la expedición de la Ley 1437 de 2011, artículo 10, de ahí que el límite de interpretación normativa de las autoridades administrativas está sujeto a la interpretación que de las mismas haga el máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SENTENCIAS C-258 DE 2013, SU 230 DE 2015 y SU 427 DE 2016 PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FACTORES PENSIONALES.

En primer lugar dirá la Sala que no resulta procedente aplicar las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU 427 de 2016, de preferencia a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, teniendo en cuanta que en sentencia SU-053 de 2015 la Corte Constitucional dijo que, los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente son: *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, así como que, 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.

En tal sentido, respecto a la sentencia C-258 de 2013, tal como lo ha reiterado ésta Corporación, la misma no resulta aplicable al presente asunto, por cuanto, en ésta, el pronunciamiento de la Corte Constitucional, tuvo como destinatarios a los pensionados con régimen de Congresistas y a los Magistrados de Alta Corte, por homologación, razón por la cual extender los efectos de dicha sentencia a situaciones consolidadas o reguladas bajo regímenes diferentes frente a los que no se realizó el estudio de constitucionalidad, ocasionaría cambiar el contexto o la connotación de la decisión.

Posteriormente en sentencia de unificación SU-230 de 2015, la Corte Constitucional, reiteró la sentencia C-258 de 2013, e hizo extensivo al resto de regímenes pensionales, la interpretación según la cual el IBL no es un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, éste pronunciamiento en criterio reiterado por éste Tribunal, tampoco resulta aplicable al caso pues en ella se estaba resolviendo un asunto inter partes, es decir, no fijó un criterio general o abstracto respecto del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones; de manera particular se estudió una acción de tutela interpuesta por un ciudadano contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S. A., al estimar vulnerados sus derechos fundamentales por cuanto al liquidar su pensión de jubilación, esto es, se trataba de un asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria.

En éste punto advierte la Sala que la Sección Segunda del Consejo de Estado[5] en sentencia de 25 de febrero de 2016, reiteró su jurisprudencia en torno a la inaplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, sentencia que quedó sin efectos, mediante sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2016.

En ésta última sentencia, la Sección Quinta del Consejo de Estado indicó que la sentencia SU-230 de 2015, era un precedente jurisprudencial, obligatorio y vinculante para todos los jueces y de aplicación inmediata, al margen de si la demanda se presentó antes de que dicha Corporación fijara la tesis hoy día imperante frente al régimen de transición.

No obstante, en reciente pronunciamiento la misma Sección Quinta en sentencia de 23 de marzo de 2017[6], rectificó el anterior criterio jurisprudencial, en el sentido de indicar que "*De conformidad con lo señalado, la Corte Constitucional reconoce la imposibilidad de aplicar un cambio jurisprudencial de forma retroactiva o sin considerar el momento en que se consolidó un derecho, lo cual presupone además, que la protección del derecho pensional cuando la pensión haya sido obtenida legalmente, esto es sin abuso del derecho o sin fraude a la Ley*".

Así las cosas, conforme a ésta última sentencia, la sentencia SU-230 de 2015, únicamente podrá ser aplicada a los casos en los cuales el derecho pensional se consolidó con posterioridad a la expedición de dicho precedente jurisprudencial, esto es el 6 de julio de 2015, en tanto, a las pensiones causadas o consolidadas con anterioridad a dicha fecha, le resulta aplicable

---

[5] Sentencia de 25 de febrero de 2016; C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Expediente: 25000234200020130154101; Referencia: 4683-2013; Actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón

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

el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010.

Finalmente en cuanto tiene que ver con la sentencia SU-427 de 2016, la misma tampoco resulta aplicable al caso bajo estudio, toda vez que de una parte, la unificación está referida a la aplicación de la acción de revisión contendida en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 a favor de la UGPP y de otro lado, el asunto allí tratado partía de la base del abuso del derecho por parte de una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, circunstancia que difiere al asunto aquí tratado.

Por todo lo anterior, concluye la Sala que las citadas sentencias no pueden ser tenidas en cuenta y conllevan a continuar aplicando en su integridad la sub regla jurisprudencial establecida por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la sentencia de unificación del cuatro de agosto de 2010, pues como se explicó representa el precedente jurisprudencial, esto es, se constituye en verdadera norma material con carácter vinculante para los Jueces y Tribunales Administrativos[7].

7. DE LOS DESCUENTOS PARA APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Este Tribunal en sentencia del 19 de febrero de 2016, Sala de Decisión No. 3 con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp. 2014-096-01, a más de precisar el carácter parafiscal de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, indicó que el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones correlativo al derecho de percibir la pensión, debe interpretarse de forma sistemática con las normas que regulan el pago, la exigibilidad y la extinción de las obligaciones parafiscales.

Sobre este particular, se destaca que no hay obligaciones imprescriptibles, lo que atentaría contra los principios fundantes del Estado Social de Derecho, ordenar su cumplimiento, cuando **por el simple paso del tiempo, se extinguieron.**

Bajo esa óptica, concluye la Sala que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, permanece **durante toda la vida laboral,** ésta –la obligación- es susceptible del fenómeno de la prescripción, y no puede ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales.

[7]En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 19 de junio de 2015, Magistrado Ponente Dr. Fabio Iván Afanador García, radicado No. 15238333375220140015 9-01.

Por tanto, en este caso, se debe realizar los descuentos sobre el retroactivo **durante los últimos cinco (5) años laborados**, por prescripción extintiva de la obligación.

8. DE LO PROBADO

Dentro del caudal probatorio, se observan las siguientes pruebas que constituyen piezas importantes en la resolución del asunto:

- Conforme con la cédula de ciudadanía de la señora Blanca Isabel Forero Camacho, la misma nació el 18 de diciembre de 1957, razón por la cual cumplió los 55 años de edad el 18 de diciembre de 2012 (Fl 14).

- La demandante presento petición de reliquidación de la pensión, el día 07 julio de 2015 (Fls 15-17), la cual fue resuelta negativamente a través de la resolución No. RDP 045860 del 05 de noviembre de 2015 (Fls 18-20).

- Frente a la anterior resolución se interpuso el recurso de apelación el cual fue resuelto a través de la Resolución No. RDP 005610 del 10 de febrero de 2010 (Fls 21-26).

- De conformidad con el certificado de información laboral emitido por el Hospital Regional de Moniquirá, la señora Blanca Isabel Forero Camacho se desempeñó en el cargo de ayudante de servicios generales en el periodo comprendido entre el 23 de julio de 1982 al 30 de enero de 2005 (Fl 28).

- Conforme al certificado de salarios devengados expedido por el Hospital Regional de Moniquirá, la señora Blanca Isabel Forero Camacho durante el último año de prestación de servicios, esto es, entre el 31 de enero de 2004 y el 30 de enero de 2005, devengó los siguientes factores salariales: sueldo, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras dominicales y festivos, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de navidad y bonificación por servicios prestados (CD Expediente administrativo Fl 63).

9. CASO CONCRETO

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

Analizado el caudal probatorio obrante dentro del expediente, encuentra la Sala que la señora Blanca Isabel Forero Camacho es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al entrar en vigencia dicha ley en el orden territorial, el 30 de junio de 1995, contaba con 37 años de edad, cumpliendo de esta manera con el requisito de la edad consagrado en el artículo 36[8] de la Ley 100 de 1993 para acceder al régimen de transición, de tal suerte, que el régimen pensional anterior aplicable a la pensión reconocida a la demandante, es el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Ahora, se observa que mediante No. RDP 019166 de 25 de abril de 2013, la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales, reconoció pensión de jubilación a la señora Blanca Isabel Forero Camacho, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado durante los últimos 10 años, efectiva a partir del 18 de diciembre de 2012.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 debe tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación de la demandante, los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios el cual comprende desde el **31 de enero de 2004 al 30 de enero de 2005**, periodo durante el cual, la demandante percibió los siguientes emolumentos, de acuerdo con certificación expedida por el Hospital Regional de Moniquirá: **sueldo, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras dominicales y festivos, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de navidad y bonificación por servicios prestados.**

En atención a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado como autoridad máxima de lo contencioso administrativa, el 4 de agosto de 2010, debe la entidad demandada incluir todos los factores devengados por el empleado, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Precisa la Sala que en cuanto tiene que ver con la indemnización de vacaciones, las mismas no es posible computarla para fines pensionales, en atención a que éstas no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador; así lo indicó el Consejo de Estado en la recitada sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010: *"En*

---

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

efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional".

En consecuencia, la UGPP para efectos de reliquidar la pensión de la demandante, debe incluir los siguientes factores salariales: **asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras dominicales y festivos, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones, 1/12 de la prima de antigüedad, 1/12 de la prima de navidad y 1/12 de la bonificación por servicios prestados.**

Se advierte, que el sub examine no es susceptible de aplicar las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 invocadas por la entidad demandada en el recurso de apelación y la contestación de la demanda, en cuanto a la primera quedó claro que los únicos destinatarios del análisis constitucional que se realizó en tal providencia, son los Congresistas y Magistrados de Alta Corte que tienen un régimen pensional especial previsto en la Ley 4ª de 1992, diferente al que rige la pensión del demandante, el cual está contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, frente al que no hizo referencia alguna la Corte Constitucional en esa oportunidad. Y respecto a la segunda, su aplicación está condicionada a que el derecho pensional se haya causado con posterioridad a la fecha de su expedición, circunstancia que no acontece en el presente asunto, toda vez que el derecho pensional de la demandante se causó con anterioridad a la vigencia de la sentencia SU-230 de 2015.

De igual forma tampoco resulta aplicable la sentencia SU -427 de 2016, toda vez que de una parte, la unificación está referida a la aplicación de la acción de revisión contendida en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 a favor de la UGPP y de otro lado, el asunto allí tratado partía de la base del abuso del derecho por parte de una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, circunstancia que difiere al asunto aquí tratado.

En suma es dable declarar la nulidad de las Resoluciones No. RDP 045860 de 05 de noviembre de 2015 y No. RDP 005610 de 10 de febrero de 2016 y ordenar la reliquidación de la mesada pensional del demandante con inclusión de los siguientes factores salariales: **asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras dominicales y festivos, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones, 1/12 de la prima de antigüedad, 1/12 de la prima de navidad y 1/12 de la bonificación por servicios prestados.**

Sin embargo se adicionará el numeral tercero de la parte resolutiva de la providencia apelada, a efectos de precisar que la reliquidación de la pensión que se ordena en virtud de ésta sentencia, se realizará tomando como base el 75% de los factores salariales devengados en el último año de prestación

de servicios, esto es, entre el 31 de enero de 2004 al 30 de enero de 2005, esto es, asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras dominicales y festivos, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones, 1/12 de la prima de antigüedad, 1/12 de la prima de navidad y 1/12 de la bonificación por servicios prestados.

9.1. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones

Atendiendo el criterio sentando o trazado por éste Tribunal en torno a esta asunto, la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP, tal como lo indicó el *a quo,* deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General de Pensiones**,** durante **los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la señora Blanca Isabel Forero Camacho, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la demandante-entonces empleada-, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

En esas circunstancias, se confirmará la sentencia apelada en éste punto.

9.2. Prescripción

Al respecto, debe decir la Sala que en el presente asunto se confirmará la decisión de primera instancia respecto a declarar no probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que la señora Blanca Isabel Forero Camacho disfruta de su derecho pensional a partir del 18 de diciembre de 2012, en tanto la solicitud de reliquidación pensional fue radicada el 07 de julio de 2015 y la demanda fue radicada el 04 de mayo de 2016 (Fl. 1), razón por la cual no hay lugar a declarar prescrita ninguna mesada pensional.

10. COSTAS

Ante el inconformismo manifestado por la entidad demandada al resultar condenada en costas y agencias en derecho en primera instancia, la Sala

debe precisar que está demostrado que el aparato judicial debió moverse para resolver el asunto de la referencia, por cuanto la demandante debió contratar los servicios de un abogado que entablara en su nombre la respectiva demanda en procura de representar sus intereses, al igual presentó alegatos de conclusión en primera instancia, trabando así la litis y activando considerablemente la administración de justicia. Por tal motivo había lugar a condenar en costa a la parte vencida en este caso la UGPP, como en efecto se hizo en primera instancia.

En cuanto a las **costas en segunda instancia,** no se condenará a la parte recurrente, por cuanto se adicionó el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, razón por la cual no se cumple con lo previsto en el numeral 3 del artículo 365 del CGP que establece "*En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de segunda*".

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de 31 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia, el cual quedará así:

> *"TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP, que proceda a reliquidar la pensión reconocida a la señora Blanca Isabel Forero Camacho identificada con C.C. No. 23.778.601, tomando como base el 75% de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, esto es entre el 31 de enero de 2004 al 30 de enero de 2005, esto es, la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras dominicales y festivos, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones, 1/12 de la prima de antigüedad, 1/12 de la prima de navidad y 1/12 de la bonificación por servicios prestados, efectiva a partir del 18 de diciembre de 2012, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia".*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de 31 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas en ésta instancia.

CUARTO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso

FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Demandante: Blanca Isabel Forero Camacho
Demandado: U.G.P.P.
Expediente: 15001-33-33-006-2016-00057-01
Nulidad y restablecimiento del derecho

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
11 2 DIC 2018

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 12 [illegible] 2018

Demandante	Luz Jackeline Osorio López.
Demandado	La Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Expediente	15001333300720170006-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Corre traslado para alegatos

Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación sin que las partes hayan solicitado pruebas, el Despacho prescindirá de la audiencia de alegatos y juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A.

En consecuencia se ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegaciones finales.

Por lo anterior, el despacho,

RESUELVE

PRIMERO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión.

SEGUNDO: Vencido el término concedido a las partes, se le da traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que emita su concepto.

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno de conformidad con lo señalado en el 4° del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial
Hoy, 2 [illegible] siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 25 FEB 2019

Accionante	Rosalba Piñeros Vda. De Zerda
Accionado	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.
Expediente	150013333-007-2016-00124-01.
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho.

Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación y sin que las partes soliciten pruebas, el Despacho prescindirá de la audiencia de alegatos y juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A.

Conforme con lo anterior, ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público, para que presenten sus alegaciones finales.

Por lo que se dispone:

PRIMERO: CORRER TRASLADO a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión.

SEGUNDO: Vencido el término concedido a las partes, se le dará traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que emita su concepto[1].

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno de conformidad con lo señalado en el 4° del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

[1] Artículo 623 del CGP.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja,

Demandante	Israel Rodríguez Buitrago
Demandado	La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG
Expediente	15001-33-33-007-2016-00156-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Admite recurso de apelación contra sentencia

De conformidad con el informe secretarial visible a folio 152 y ante el cumplimiento de los requisitos de oportunidad y procedibilidad previstos en los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho dispone:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 144 a 146), contra la sentencia del 14 de septiembre de 2017 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fls. 120 a 131).

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3° de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFICAR por estado a las partes, la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVERTIR a las partes que de conformidad con el artículo 212 del C.P.A.C.A, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro.
Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 2 [illegible]

Accionante	Fabio Antonio Díaz Rojas.
Accionado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.
Expediente	150013333-007-2016-00179-00.
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho.
Tema	Admite recurso de apelación contra sentencia.

De acuerdo al acta individual de reparto, visible a folio 122, se encuentra el expediente al despacho, a efecto de pronunciarse del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el juzgado séptimo administrativo del circuito de Tunja, el día 03 de agosto de 2017 (fl. 89-101), notificada a las partes en estrados. Entre tanto, el escrito de apelación se presentó en oportunidad (fl. 105-114) y fue debidamente sustentado.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue de carácter condenatorio, a folio 118-119, se encuentra la celebración de la audiencia establecida en el inciso 4 art. 192 del CPACA.

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto[1] el 15 de agosto de 2017, por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia del 03 de agosto de 2017, proferida por el juzgado séptimo administrativo del circuito de Tunja.

[1] Visible a folio 105-114del expediente.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[2] de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial.
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[2] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	ROMÁN GERARDO VANEGAS AMÉZQUITA
DEMANDADO:	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN
REFERENCIA:	150013333008-**2016-00075**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2017, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja (fls. 263-282).

Para resolver se considera:

1. Oportunidad

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse ante el Juez que dictó la providencia por escrito, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada en los términos artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante mensaje enviado al buzón de correo electrónico de los apoderados de las partes el **26 de octubre de 2017** (fl. 283-286), y el recurso fue presentado y sustentado por el apoderado de la parte accionante el **10 de noviembre de 2017** (fls. 290-300), por lo que se entiende oportuno (los días 28, 29 de octubre y 4, 5 y 6 de noviembre de 2017, fueron inhábiles).

2. Procedencia

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé:

> *"Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia o por los Jueces administrativos:*
> *(...)".*

Por su parte, el art. 192 inciso 4 del CPACA, establece que:

> *"Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la*

concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en primera instancia y la sentencia recurrida negó las súplicas de la demanda, razón por la cual no era necesaria la realización de la mencionada audiencia. En vista de lo anterior, el recurso interpuesto es procedente.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2017, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** personalmente este auto al Ministerio Público delegado ante esta Corporación de conformidad con el numeral 3° del artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia, las partes podrán pedir pruebas, las cuales sólo se decretarán en los casos previstos en el inciso 4° del artículo 212 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N° 11 De Hoy

A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	LUCAS EDUARDO JIMÉNEZ SÁNCHEZ
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
REFERENCIA:	150013333009-**2016-00097**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 10 de octubre de 2017, por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja (fls. 1089-1093 y CD fl. 1095).

Para resolver se considera:

1. Oportunidad

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse ante el Juez que dictó la providencia por escrito, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada en los términos del artículo 202 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, en estrados el **10 de octubre de 2017** (fl. 1093vto.), y el recurso fue presentado y sustentado por la apoderada de la parte accionante el **24 de octubre de 2017** (fls. 1096-1109), por lo que se entiende oportuno, (los días 14, 15, 16, 21 y 22 de octubre de 2017, fueron inhábiles).

2. Procedencia

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé:

> *"Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia o por los Jueces administrativos:*
> *(...)".*

Por su parte, el art. 192 inciso 4 del CPACA, establece que:

> *"Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la*

concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en primera instancia y la sentencia recurrida negó las súplicas de la demanda, razón por la cual no era necesaria la realización de la mencionada audiencia. En vista de lo anterior, el recurso interpuesto es procedente.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 10 de octubre de 2017, por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** personalmente este auto al Ministerio Público delegado ante esta Corporación de conformidad con el numeral 3° del artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia, las partes podrán pedir pruebas, las cuales sólo se decretarán en los casos previstos en el inciso 4° del artículo 212 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 11 De Hoy _____
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja,

Demandante	Juan Antonio Junco Grismaldo
Demandado	ECOPETROL S.A y otros
Expediente	15001-33-33-010-2012-00149-01
Medio de control	Reparación Directa
Tema	Admite recurso de apelación contra sentencia

De conformidad con el acta individual de reparto que antecede, y ante el cumplimiento de los requisitos de oportunidad y procedibilidad previstos en los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho dispone:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 412 a 420), contra la sentencia del 15 de septiembre de 2017 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fls. 360 a 401).

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFICAR por estado a las partes, la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVERTIR a las partes que de conformidad con el artículo 212 del C.P.A.C.A, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 44 Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 25 ENE 2018

Demandante	Lorenzo Mojica Mojica.
Demandado	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP.
Expediente	150013333010201500088-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Asunto	Auto admite recurso de apelación.

De acuerdo al informe secretarial visible a folio 294, se encuentra el expediente al Despacho, a efecto de pronunciarse del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que ésta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (Art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja el día 18 de agosto de 2017 (Fls. 262 a 275), notificada a las partes por estado el 22 de agosto de 2017 (Fl. 275). Entre tanto, el escrito de apelación se presentó en oportunidad (Fls. 282 – 286) y fue debidamente sustentado.

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, éste Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto el 01 de septiembre de 2017, por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 18 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[1] de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial.
Hoy, 16 siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[1] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 25 ENE 2018

Accionante	Ana de Jesús Buitrago Piedrahita.
Accionado	Ugpp.
Expediente	150013333-010-2016-00031-01.
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho.

Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación y sin que las partes soliciten pruebas, el Despacho prescindirá de la audiencia de alegatos y juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A.

Conforme con lo anterior, ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público, para que presenten sus alegaciones finales.

Por lo que se dispone:

PRIMERO: CORRER TRASLADO a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión.

SEGUNDO: Vencido el término concedido a las partes, se le dará traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que emita su concepto[1].

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno de conformidad con lo señalado en el 4º del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

[1] Articulo 623 del CGP.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial.
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	G Y G CONSTRUCTORES S.A.S.
DEMANDADO:	ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – ESAP
REFERENCIA:	150013333010-**2016-00137**-01
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 5 de octubre de 2017, por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja (fls. 374-382 y CD fl. 383).

Para resolver se considera:

1. Oportunidad

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse ante el Juez que dictó la providencia por escrito, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada en los términos del artículo 202 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, en estrados el **5 de octubre de 2017** (fl. 382), y el recurso fue presentado y sustentado por el apoderado de la parte accionante el **20 de octubre del 2017** (fls. 384-389), por lo que se entiende oportuno, (los días 7, 8, 14, 15 y 16 de octubre de 2017, fueron inhábiles).

2. Procedencia

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé:

> *"Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia o por los Jueces administrativos:*
> *(...)".*

Por su parte, el art. 192 inciso 4 del CPACA, establece que:

> *"Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la*

concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en primera instancia y la sentencia recurrida negó las súplicas de la demanda, razón por la cual no era necesaria la realización de la mencionada audiencia. En vista de lo anterior, el recurso interpuesto es procedente.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 5 de octubre de 2017, por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** personalmente este auto al Ministerio Público delegado ante esta Corporación de conformidad con el numeral 3° del artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia, las partes podrán pedir pruebas, las cuales sólo se decretarán en los casos previstos en el inciso 4° del artículo 212 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 11 De Hoy _____
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 2

Tunja, 24 ENE 2018

Medio de Control	:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**Fredy Pacheco Páez**
Demandado	:	**Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional**
Expediente	:	**15001-33-33-010-2017-00113-01**
Magistrado Ponente	:	**Luis Ernesto Arciniegas Triana**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 15 de septiembre de 2017, por el Juzgado Décimo Administrativo de Tunja mediante el cual rechazó el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho al considerar que opero el fenómeno de la caducidad.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 21 de julio de 2017, el señor Fredy Pacheco Páez por medio de apoderado presenta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, formulando entre otras, las siguientes pretensiones que se sintetizan a continuación:

> "1. Declarar la nulidad del acto administrativo N° 20165660746521 de 11 de junio de 2016, mediante el cual el COMANDO DEL EJERCITO NACIONAL, negó las peticiones solicitadas por mi poderdante.
>
> 2. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL,** a que reliquide el salario mensual pagado a mi poderdante, desde el mes de noviembre de 2003 a la fecha de retiro de la fuerza tomando como asignación básica la establecida en el inciso segundo del artículo

primero del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario).

3. Igualmente se ordene la reliquidación del auxilio de cesantías, primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones, navidad y subsidio familiar para los años en reclamación, teniendo en cuenta en su liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 para los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios. (Un salario mínimo legal mensual enfrentado en un 60% del mismo salario).

4. Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre la reliquidación solicitada y las sumas efectivamente canceladas por concepto de salario mensual desde noviembre de 2003 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado, de conformidad a lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

(...)".

Como soporte fáctico del medio de control expone que prestó el servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional como soldado regular y luego fué incorporado como soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985, y que a partir del 1° de noviembre de 2003 fué promovido como soldado profesional condición que mantuvo hasta la fecha.

Refiere que en el inciso 2 del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, el legislador estableció un régimen de transición para los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 tenían la condición de soldados voluntarios indicando que estos seguirían percibiendo como asignación básica el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo.

Sostiene que durante el tiempo que permaneció como soldado voluntario percibió una asignación mensual igual a un salario mínimo incrementado en un 60%, el cual fué cancelado hasta el 31 de octubre de 2003, y que a partir del 1° de noviembre de ese mismo año, cuando obtuvo el status de soldado profesional, le disminuyó la asignación básica de un salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario, a un salario mínimo incrementado en un 40%.

2. Trámite procesal

El presente medio correspondió por reparto para su conocimiento al Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, que en auto del 15 de septiembre de 2017 dispuso rechazar la demanda por considerar que opero el fenómeno de la caducidad.

3. La providencia impugnada

Mediante el auto referido, el a quo adujo que una vez revisados los presupuestos formales y procesales de la demanda, ésta no cumple con el requisito de oportunidad para demandar, en tanto que de las pretensiones formuladas por la parte actora, denota que si se tiene en cuenta que solicita la reliquidación de prestaciones periódicas estaría en término, pero que le resulta relevante tener en consideración la situación laboral del demandante como quiera que mediante orden administrativa de personal N° 1672 de 7 de junio de 2016 observó que fué retirado del servicio a partir del 20 de junio de 2016.

Adujo que el Consejo de Estado ha sostenido que una vez finalizado el vínculo laboral, las prestaciones periódicas pierden ese carácter salvo las prestaciones derivadas de temas pensionales.

Sostuvo que al estar acreditado el retiro del servicio del demandante la oportunidad para demandar es de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación del acto y que aun cuando no reposa éste, de la constancia de agotamiento de requisito de procedibilidad de la conciliación pudo determinar que en una de las pretensiones es obtener la nulidad del acto enjuiciado lo que le permite concluir que para la fecha de presentación de la solicitud de conciliación ya tenía conocimiento del acto administrativo.

Por lo anterior, consideró que los cuatro meses para interponer la demanda cuentan desde el día siguiente a la fecha de elaboración de la constancia (7 de

marzo de 2017), venciendo el 8 de julio de 2017, y que la demanda fué presentada el 21 de julio del mismo año, por lo que operó el fenómeno de la caducidad.

II. RECURSO DE APELACIÓN

Notificada la decisión mediante estado del 18 de septiembre de 2017, la parte actora procedió a interponer y sustentar recurso de apelación en los siguientes términos:

Refiere que el argumento de no existir vínculo laboral entre el demandante y la entidad no es de recibo frente a un acto en el cual se hace manifestación al reconocimiento de una prestación periódica.

Aduce que el acto a demandar versa exclusivamente sobre una prestación periódica y en tal sentido están las pretensiones de la demanda.

Citó sentencia del Consejo de Estado en la que resalta que no hay caducidad para los actos que reconocen prestaciones periódicas y tampoco para aquellos que la niegan, y advierte que en el caso de los miembros de las fuerzas militares no son desvinculados de la entidad como ocurre con otros servidores, en tanto se está frente a una situación especial donde se le retira del servicio activo más no del servicio como tal.

Adujo que el miembro de la fuerza pública percibe una asignación de retiro y no pierde su grado porque se le sigue reconociendo al encontrase en uso del buen retiro

Finalmente sostiene que se le vulneran los derechos adquiridos al actor como quiera que demanda prestaciones periódicas dejadas de pagar con ocasión de la disminución del 20% sobre el salario que reclama y que no opera la caducidad.

III. CONSIDERACIONES

Se ocupa esta Corporación de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la decisión del a quo de rechazar la presente demanda al considerar que el asunto no se demandó dentro de la oportunidad contemplada en el CPACA.

1. Competencia.

Se tiene, entonces, que en el caso que ocupa la atención de la Sala se trata de resolver la apelación contra el auto que puso fin al proceso, como quiera que rechazó la demanda porque operó el fenómeno de la caducidad, de allí que se ajusta a lo establecido en el artículo numeral 1° del artículo 243 del C.P.A.C.A.

Así, resulta procedente que el recurso de apelación sea desatado por la Sala en tanto que dicha preceptiva fija las pautas en materia del recurso de apelación, tanto de sentencias como de autos, bajo el siguiente tenor:

> "**Artículo 243**. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia **por los jueces administrativos**:
> **1. El que rechace la demanda.**
> **2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.**
> **3. El que ponga fin al proceso.**
> **4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.**
> 5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
> 6. El que decreta las nulidades procesales.
> 7. El que niega la intervención de terceros.
> 8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
> 9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.
> **"Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia".**
> (...)

Así las cosas, concluye la Sala que en este evento como se rechazó la demanda, es claro que este tipo de decisión encuadra en la preceptiva ibídem.

Corolario de lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., el Tribunal Administrativo de Boyacá es competente para resolver el recurso de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación, proferidos por los Jueces Administrativos en Primera Instancia.

2. Problema a resolver

El debate central en este caso se encamina en establecer si la demanda persigue el reconocimiento de prestaciones periódicas lo cual comporta que la demanda se pueda presentar en cualquier tiempo, o, si por el contrario, lo que se demanda no comporta prestaciones periódicas y por ende debe tenerse en cuenta si se está dentro de la oportunidad para demandar.

3. De la caducidad

Sobre el particular, es necesario señalar que el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo[1], frente al presupuesto procesal de la "caducidad", ha dicho:

> "Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador colombiano instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales, no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley, **y de no hacerlo en tiempo perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. El fenómeno de la caducidad busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente**, impidiendo el surgimiento del proceso. Por esta razón, la efectividad del derecho sustancial que se busca con su ejercicio puede verse afectada".

[1] *Sección Tercera consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio28 de septiembre de 2006 Radicación número: 44001-23-31-000-2005-00695-01(32628).*

Por su parte, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Dicha norma determina:

> "**Artículo 138. Nulidad y Restablecimiento del Derecho**. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.
>
> Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".

De manera que el fin de la caducidad es el de fijar un tiempo para el ejercicio del derecho y para darle así firmeza a las situaciones jurídicas. Así mismo, por regla general para este medio de control, la caducidad es de cuatro (4) meses contados desde la notificación, comunicación, ejecución o publicación del acto, según el caso; pero que excepcionalmente podrá demandarse en cualquier tiempo **si se trata de prestaciones periódicas**.

4. De las prestaciones periódicas.

Para el estudio de la caducidad, el literal c) del numeral 1° del artículo 164 del C. P. A. C. A. establece que las demandas que se dirijan en contra de actos relacionados con prestaciones periódicas pueden ser demandados en cualquier momento, excepción erigida en oposición a esa figura procesal, lo que para el caso conlleva la necesidad de concretar con total precisión qué se entiende por prestación periódica, al depender de este punto la prosperidad del recurso.

En relación con este tópico el Consejo de Estado ha trazado una línea jurisprudencial en la que en principio relacionaba las prestaciones periódicas

directamente con las prestaciones sociales, pero en el año 2004, definió la Alta Corte que se trata de **"todas las obligaciones que contienen una prestación periódica y que bien pueden ser prestación social como la pensión de jubilación, o no ser prestación social como el pago de salario o de una prima que tenga carácter salarial"**[2]. Esta tesis fue reiterada por el Consejo de Estado en años posteriores, en los que analizó cuándo una prestación tiene el carácter de periódica.

Para definir el carácter periódico de una prestación, entendida en sentido amplio, esa corporación estableció una sub regla, consistente en entender como periódicas todas aquellas prestaciones (salariales y sociales) que **"periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente..."**[3]

Corolario de lo anterior, en reciente sentencia proferida por el Consejo de Estado C.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ dentro del radicado 76001-23-33-000-2016-01293-01, frente a la caducidad de las prestaciones periódicas y de reliquidación de prestaciones periódicas por retiro del servicio sostuvo:

> "Las reclamaciones de naturaleza laboral, tratándose de peticiones relacionadas con el reconocimiento de acreencias de carácter salarial, no están sujetas al término de caducidad de cuatro meses previsto para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **siempre y cuando quien pretenda su pago siga teniendo vínculo laboral con la entidad que pretende demandar**, **pues terminado éste, no es posible hablar de periodicidad del pago y, en esa medida, su exigibilidad vía judicial está sometida al término de caducidad general del medio de control.."** (Resaltos fuera del texto).

Así pues, para definir si determinada prestación es periódica o no, en aplicación del criterio fijado por el Consejo de Estado, se tiene que ello

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 4 de noviembre de 2004. Consejero Ponente, Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Rad. 25001-2325-000-1999-5833-01 (5908-03)
[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 8 de mayo de 2008. Consejero Ponente, Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad. 08001 23 31 000 2005 02003 01 (0932-07)

dependerá **esencialmente de que el actor se encuentre vinculado a la entidad demandada**, esto es, que la relación laboral de la cual se deriva la prestación involucrada en las pretensiones de la demanda se encuentre vigente.

5. Caso concreto

Revisado el expediente, se advierte que la parte demandante pretende que se declare la nulidad del oficio N° 20165660746521 por medio del cual solicitó al Ejercito Nacional el reconocimiento y pago retroactivo de la diferencia del 20% entre la asignación mensual que devengaba como soldado voluntario frente a la que percibía como soldado profesional con la consecuente reliquidación de prestaciones sociales.

Aspectos concretos que reposan en el expediente:

- Fecha de la petición: **8 de junio de 2016** (fl. 16)
- Oficio N° 20165660746521 de fecha **11 de junio de 2016** (fl. 20)
- Orden administrativa de personal mediante la cual se retira del servicio al actor de fecha **20 de junio de 2016** (fl. 23 vto)
- Fecha de solicitud de la conciliación del **8 de febrero de 2017** (fl. 38)
- Constancia de la audiencia de conciliación **7 de marzo de 2017** (fl.39)
- Fecha de presentación de la demanda **21 de julio de 2017** (fl. 15)

Como se observa, el **20 de junio de 2016** el actor fué retirado del servicio, lo que significa que para la fecha de la presentación de la demanda el actor no se encontraba activo en tanto ésta fué impetrada el **21 de julio de 2017.**

Ahora, nó obra en el expediente constancia de la notificación del acto enjuiciado, por lo que en aplicación del artículo 72 C.P.A.C.A., se tendrá por hecha la notificación el día en que la parte interesada **revele que conocía del acto,** consienta la decisión o interponga los recursos legales, que para el caso que nos ocupa esto sucedió el 8 de febrero de 2017 cuando el demandante

presentó la solicitud de conciliación fecha en la que se entiende notificado de la decisión.

Así, significa que a partir del día siguiente a cuando se le expidió la constancia de la conciliación, **8 de marzo de 2017,** tal y como lo hizo el a quo, el accionante contaba con cuatro meses para ejercer su derecho, es decir hasta el **8 de julio de 2017** y la demanda fué radicada el **21 de julio del 2017,** es decir por fuera del término.

No sobra precisar, que si bien el accionante alega que lo que reclama son prestaciones periódicas, debe tenerse en cuenta lo descrito en líneas anteriores donde se denotó que efectivamente al finalizar el vínculo laboral las denominadas prestaciones periódicas dejan de serlo, exceptuando las pensiones, y que en el caso de los militares es la denominada asignación de retiro, pero en el presente asunto no se está debatiendo dicha asignación ni su reliquidación.

Por lo anterior y como quiera que el actor fué retirado el **20 de junio de 2016,** no puede considerarse que la reclamación de dichas pretensiones tengan el carácter de ser periódicas.

Así las cosas, corresponde a esta Sala confirmar la decisión recurrida como quiera que le asistió razón al a quo para rechazar el medio de control por considerar que se configuró el fenómeno de la caducidad en tanto que la pretensión que aquí reclama el demandante ya no es una prestación periódica por tratarse que el actor se encontraba retirado del servicio cuando presentó la demanda y aun cuando hizo la solicitud de la conciliación.

6. Costas

En tanto la apelación de autos en la segunda instancia impone una decisión de plano, en consecuencia, no hay lugar a gastos procesales y, tampoco hay lugar a intervención de la parte contraria por cuanto no se ha trabado la litis.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la decisión tomada por el Juez Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, del 15 de septiembre de 2017, por medio del cual rechazó la demandan por haber operado el fenómeno procesal de caducidad.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Ausente Con Permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 25 ENE 2018

Demandante	María Isabel Hurtas Fonseca y Otros
Demandado	E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja
Expediente	15001333301120150014802
Medio de control	Reparación directa.
Tema	Auto corre traslado para alegar de conclusión.

Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación sin que las partes hayan solicitado pruebas, el Despacho prescindirá de la audiencia de alegatos y juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A.,

En consecuencia se ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegaciones finales.

Por lo anterior, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión.

SEGUNDO: Vencido el término concedido a las partes, se le da traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que emita su concepto.

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno de conformidad con lo señalado en el 4° del artículo 247 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial.
Hoy, 26 ENE 2018 *siendo las 8:00 A.M.*

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 2 5

Accionante	José Gabriel Suarez Gayon.
Accionado	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
Expediente	150013333-011-2016-00129-00.
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho.
Tema	Admite recurso de apelación contra sentencia.

De acuerdo al acta individual de reparto, visible a folio 154, se encuentra el expediente al despacho, a efecto de pronunciarse del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el juzgado once administrativo del circuito de Tunja, el día 09 de junio de 2017 (fl. 101-109), notificada a las partes en estrados. Entre tanto, el escrito de apelación se presentó en oportunidad (fl. 114-124) y fue debidamente sustentado.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue de carácter condenatorio, a folio 129, se encuentra la celebración de la audiencia establecida en el inciso 4 art. 192 del CPACA.

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto[1] el 15 de junio de 2017, por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia del 09 de junio de 2017, proferida por el juzgado once administrativo del circuito de Tunja.

[1] Visible a folio 114-124 del expediente.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[2] de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial
Hoy, 12 siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[2] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Sala de Decisión No. 2

Tunja, 24 ENE 2018

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Marisol Parra Parra**
Demandado : **E.S.E. Centro de Salud de Santa Sofía**
Expediente : **150013333013-2013-00271-01**

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de 18 de agosto de 2015 proferida por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual declaró probadas las excepciones denominadas inexistencia de desviación de poder e inexistencia de falsa motivación y negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La señora Marisol Parra Parra, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó a la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Santa Sofía, para obtener la nulidad de la Resolución No. 018 del 26 de junio de 2013 expedida por la Gerente, mediante la cual la declaró insubsistente en el cargo de libre nombramiento y remoción que venía ocupando, y como consecuencia de ello obtener su restablecimiento del derecho encaminado a obtener su reintegro al mismo cargo o a uno de superior categoría, y al pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir.

PRETENSIONES

Pide la nulidad de la Resolución No. 018 del 26 de junio de 2013 expedida por la Gerente de la ESE Centro de Salud Santa Sofía, mediante la cual se declaró

insubsistente a la señora Marisol Parra Parra, quien se encontraba vinculada en el cargo de Tesorera a partir del 28 de junio de 2013.

Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a reintegrar a la señora Marisol Parra Parra a un cargo de igual o superior categoría al que ocupaba cuando fue retirada del servicio, declarando que no existió solución de continuidad en la prestación del mismo.

Que se condene a la demandada a reconocer y pagar los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir por la señora Marisol Parra Parra entre la fecha de retiro y la de reintegro efectivo al cargo.

Que las sumas reconocidas a favor de la demandante sean actualizadas, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor, entre la fecha de retiro y la fecha de ejecutoria de la sentencia de primera o segunda instancia según el caso.

Por último solicita se dé cumplimiento a la sentencia en los términos y condiciones del artículo 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y que se condene en costas a la parte demandada.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones (fls. 2 a 4 c1)

1. Que la señora Marisol Parra Parra se vinculó a partir del 2 de enero de 2003 en la Unidad Administrativa Especial del Centro de Salud de Santa Sofía, mediante Resolución No. 001 en un cargo de provisionalidad (Tesorera), con un salario de $482.000 mensuales.
2. En el año 2008 los cargos de la ESE Centro de Salud de Santa Sofía fueron inscritos en carrera administrativa ante la Comisión del Servicio Civil.

3. Que a través de la Resolución No. 135 de 2009 se le cambió el nombramiento en provisionalidad por el de libre nombramiento y remoción, con una asignación básica de $807.733.

4. Que desde el 1° de octubre de 2012 y hasta el 6 de enero de 2013, la señora Marisol Parra Parra, estuvo en licencia de maternidad, pero por tener derecho a vacaciones se reintegró a sus labores el 13 de marzo de ese año; que durante este periodo a la demandante no se le cancelaron salarios, ni compensación de vacaciones.

5. Que posterioridad a la actora le modificaron la vinculación de tiempo completo a medio tiempo; que tenía que cumplir las funciones correspondientes a dos cargos (Tesorería y Auxiliar Administrativo), lo cual no aceptó porque en los años 2004 a 2008 trabajó cumpliendo tales funciones en horario de 8 am a 8 pm, sin que existiera algún tipo de remuneración adicional.

6. Que a la actora una vez le modifican el horario de trabajo y el tiempo de vinculación, a través de la Resolución No. 016 se le asigna un salario mensual de $585.000, desmejorando sus condiciones laborales.

7. Que la señora Marisol Parra Parra cumplió con eficiencia y eficacia las obligaciones correspondientes al cargo que desempeñaba y no fue objeto de ninguna sanción disciplinaria por el incumplimiento de sus labores.

8. Que el 26 de junio de 2013 le informaron a la demandante la declaratoria de insubsistencia mediante Resolución No. 018 de 2013, dándole plazo de entrega del cargo a la nueva tesorera hasta el día 28 de junio del mismo año.

9. Que el 2 de julio del mismo año la gerencia le envió un comunicado a la señora Marisol Parra Parra, donde le solicita el cumplimiento del proceso de empalme, advirtiéndole que de no acudir con la finalización de la entrega del cargo incurriría en falta disciplinaria.

II. TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida mediante auto de 4 de diciembre de 2013 (fls. 49 y 50 c1), a través del cual se ordenó notificar a la ESE Centro de Salud de Santa Sofía y al Agente del Ministerio Público.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El apoderado de la ESE Centro de Salud de Santa Sofía se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora, teniendo en cuenta que la actuación de la ESE Centro de Salud de Santa Sofía estuvo ajustada al ordenamiento jurídico, es decir, el acto administrativo -Resolución No. 018 del 26 de junio de 2013- fue expedido dentro del marco legal establecido en la Ley 909 de 2004.

Sostuvo que el acto administrativo acusado fue proferido en atención a los requisitos de validez y legalidad de los actos discrecionales, además de que fue expedido por parte de funcionario competente en uso legítimo de sus facultades, y con atención a la potestad constitucional consagrada.

Señaló que las pretensiones no desvirtúan de forma alguna las presunciones de las cuales esta provista la actuación, ni aportan elementos de juicio suficientes para desacreditar la proporcionalidad que en dicha decisión se tuvo en cuenta, razón por la cual el acto administrativo goza de presunción de legalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 88 del CPACA.

Indicó que lo manifestado por la señora Marisol Parra Parra debe estar debidamente probado por ésta en el transcurso del proceso, por cuanto se trata de acusaciones que corresponde demostrar en virtud de la carga de la prueba.

Presentó como excepciones las denominadas "INEXISTENCIA DE FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA", "INEXISTENCIA DE DESVIACIÓN DE PODER" y "EXCEPCIÓN DE PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y DEL BUEN SERVICIO".

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

-Parte demandada: Sostuvo la entidad demandada que las súplicas invocadas por la parte actora deben ser denegadas en su integridad, pues tal como quedó probado

en este proceso la actuación de la ESE Centro de Salud de Santa Sofía siempre estuvo ajustada a la Constitución, la Ley y los Reglamentos.

Precisó que la desvinculación de la funcionaria no se debió como lo quiere hacer ver el apoderado, sino por motivos claros que el mismo legislador le ha atribuido al nominador (Gerente), por un lado su poder de discrecionalidad en este tipo de empleos (de libre nombramiento y remoción), el mejoramiento del servicio y la competencia del nuevo funcionario, pues mientras que la demandante señora Marisol Parra Parra tan solo tenía estudios de técnico contable, la persona que la remplazó, señora Ángela Johana Beltrán Vargas era profesional (contador público) desde el año 2007 y tenía alta experiencia laboral en diferentes hospitales y entidades territoriales, y por otro lado como se desprende del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 al considerarse causal de retiro la declaratoria de insubsistencia y la no exigencia de motivación de tal acto.

Indicó que los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad, ya que pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador, y fue en virtud de este poder conferido por ley que obró el representante de la ESE Centro de Salud de Santa Sofía, sin mediar otro interés.

Por último pidió que las súplicas de la demanda sean denegadas en su integridad, pues tal como quedó probado en este proceso la actuación de la entidad demandada siempre estuvo ajustada a la Constitución, la Ley y el Reglamento.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia de 18 de agosto de 2015 declaró probadas las excepciones denominadas "inexistencia de desviación de poder" e "inexistencia de falsa motivación", y negó las pretensiones de la demanda.

Señaló que la demandante fue nombrada en provisionalidad para desempeñar el cargo de Tesorera de la Unidad Administrativa Especial del Centro de Salud de

Santa Sofía, por medio de la Resolución No. 001 de 2003, sin embargo, con la expedición de la Ley 909 de 2004, se hizo necesario ajustar la planta de personal del Centro de Salud para que se adecuara a lo reglado en dicha norma, y por tanto el cargo que ocupaba la demandante pasó a ser de libre nombramiento y remoción.

Precisó además el a quo que el artículo 6 de la Ley 909 de 2004 ordena que cuando un empleado de carrera administrativa sea declarado de libre nombramiento y remoción, deberá ser trasladado a otro cargo de carrera que tenga funciones afines y remuneración igual o superior a las del empleo que desempeñaba, y que en caso de no existir vacante en la respectiva planta de personal, el empleado continuará desempeñando el mismo cargo y conservará los derechos de carrera mientras permanezca en él; que la señora Marisol Parra Parra fue nombrada en provisionalidad, es decir no contaba con derechos de carrera.

Indicó que antes de entrar en vigencia la Ley 909 de 2004, para tener derechos de carrera administrativa, los empleados debían estar inscritos en el registro público de carrera conforme lo indicaba la Ley 443 de 1998, así mismo esta norma al referirse al nombramiento en provisionalidad en el inciso 4° del artículo 8 determinaba que "los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito".

Advirtió que la demandante nunca ha ostentado derechos de carrera administrativa, y que al cambiar -a causa de la entrada en vigencia de la nueva ley de empleo público- su cargo de tipo de vinculación, su forma de nombramiento también varió como efectivamente ocurrió, pues se acreditó que la demandante fue nombrada como funcionaria de libre nombramiento y remoción en el cargo de Tesorero General, Código 201, por medio de la Resolución 135 del 1° de diciembre de 2009, decisión que en su momento pudo ser atacada mediante las acciones legales pertinentes, situación que al no presentarse deja indemne la presunción de legalidad que la cobija y por tanto continúa produciendo plenos efectos jurídicos.

Dijo que en vigencia de la Ley 443 de 1998, el cargo ejercido por la accionante, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral segundo literal c) del artículo 5°, también se consideraba de libre nombramiento y remoción, pues implicaba la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

Mencionó que la Ley 909 de 2004 en el inciso 2° del parágrafo 2° del artículo 41 determina que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado; que la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción se presume siempre en pro del buen servicio y por tanto no requiere motivación, esto en razón al alto grado de confianza que requieren dichos cargos, de ahí que corresponde al empleado retirado, desvirtuar en sede judicial dicha presunción.

Manifestó el a quo que habiéndose establecido que la demandante Marisol Parra Parra ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, del cual fue retirada mediante Resolución No. 018 del 26 de junio de 2003, era del caso analizar si dicho acto administrativo fue proferido en realidad en procura del mejoramiento del servicio, o si por el contrario fue expedido a causa del resultado de persecución y acoso laboral sufrido por la actora.

Que de los testimonios recepcionados y de las manifestaciones hechas por la misma demandante es claro que la señora Marisol Parra Parra no sufrió de ninguna de las circunstancias que el artículo 2° de la Ley 1010 de 2006 describe como acoso laboral; que no puede entenderse la exigencia de cumplir con el horario como una persecución, mucho menos si la exigencia es general para todos los empleados, por tanto la declaratoria de insubsistencia hecha mediante el acto acusado no esconde razones obscuras, rencores personales o caprichos de la Gerente u otro funcionario de la ESE accionada en contra de la demandante por su condición de madre.

Sostuvo que por el contrario de común acuerdo con la demandante y buscando facilitar su rol de madre se pretendió adaptar los horarios de trabajo para que pudiera estar más tiempo con su menor hijo; que lastimosamente a pesar de dicho arreglo la señora Marisol Parra Parra continuó incumpliendo con sus obligaciones laborales,

motivo que llevó finalmente a expedir la resolución demandada, tal como consta en dicho acto administrativo.

Precisó que de acuerdo a lo dicho por el Consejo de Estado, no existe evidencia de que la resolución acusada haya sido expedida con fines diferentes a los que establece la ley y como consecuencia de una intención particular, personal o arbitraria, por tanto es palmario para el despacho que la entidad demandada no incurrió en desviación de poder al momento de expedir el acto acusado.

De otro lado indicó que no es cierta la afirmación de la parte accionante en cuanto a la adecuada prestación del servicio, pues las constantes llegadas tarde afectaban de forma considerable el buen funcionamiento de la ESE Centro de Salud de Santa Sofía, circunstancia que evidencia que la decisión adoptada por la entidad demandada y que hoy es objeto de control jurisdiccional no se encuentra viciada por falsa motivación.

Que se comprobó el mejoramiento del servicio en el Centro de Salud de Santa Sofía, toda vez que la persona que ingresó a ocupar el cargo de Tesorera General que fungía la demandante, cuenta con título en Contaduría Pública y con amplia experiencia profesional, a diferencia de la señora Marisol Parra Parra quien se graduó como Técnico en Contabilidad Sistematizada y Auxiliar Técnico en Sistemas Integrales de Gestión, siendo indudable que quien ocupó el cargo de Tesorera General de la ESE accionada cuenta con mejor preparación para asumir las funciones que dicho empleo requiere, de ahí que ese despacho reafirmó la no existencia de falsa motivación en el sub examine.

Concluyó que la demandante como empleada de libre nombramiento y remoción estaba obligada al cumplimiento de sus obligaciones, así lo dispone la Constitución y la Ley, lo que no afecta el poder discrecional del nominador, en este caso la Gerente de la ESE demandada, quien estaba facultada para declarar la insubsistencia de la demandante; que el mejoramiento del servicio se evidencia con una simple revisión de las hojas de vida tanto de la actora como de quien ocupó el cargo de Tesorera del Centro de Salud de Santa Sofía, pues esta última cuenta con título

profesional en Contaduría Pública tal y como lo exige el Decreto 785 en su artículo 13 numeral 13.2.3, el Acuerdo 009 de 2009, para cargos de nivel profesional como lo es el de Tesorero General, mientras que la señora Marisol Parra Parra únicamente realizó estudios técnicos.

Por último aseguró que la notificación de la Resolución No. 18 de 26 de junio de 2013 se logró comprobar, toda vez que fue la misma accionante quien así lo aceptó al momento de rendir interrogatorio de parte, de ahí que dicho acto administrativo tampoco se encuentra afectado por indebida notificación.

IV. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Por intermedio de apoderado judicial la parte actora presentó recurso de apelación, el cual sustentó en lo siguiente:

Señala que no es correcta la afirmación del a quo en el sentido que no se demostró la desviación de poder como consecuencia del dicho de la demandante, en cuanto a que manifestó en alguna respuesta del interrogatorio que no existió acoso laboral, de la misma manera como consecuencia de la declaración rendida por el abogado Dilson Javier Saldaña; que en efecto la señora Marisol Parra Parra responde de forma negativa ante la pregunta si fue objeto de acoso laboral y el juzgado toma en sentido literal dicha respuesta, pero se equivoca porque ha debido hacer un análisis en contexto tanto de lo consignado en la demanda, de la respuesta y de lo expresado en la contestación, ya que ésto le habría dado elementos de juicio reales para tomar la decisión.

Que el a quo simplemente en su fallo afirma que la demandante respondió que no fue objeto de acoso laboral sin entrar a verificar las circunstancias fácticas de la respuesta, pues ésta proviene de una persona que no tiene claro conocimiento de la noción a que hace referencia el artículo 2° de la Ley 1010 de 2006 respecto de ese tema; que el a quo debió analizar las circunstancias de hecho que le estaban generando la situación de preocupación, estrés, inquietud, zozobra, miedo por la situación generada en el trabajo y su instinto maternal de cuidado de su bebe.

Señala que es demasiado frágil la argumentación del juzgado para sustentar la sentencia en la negación que hizo la demandante ante la pregunta de si había sido objeto de acoso laboral, cuando la realidad fáctica dice otra, como la afirmación de la testigo Ángela Consuelo Gamboa, quien manifestó que "ella se sentía presionada por el horario, ya que le estaban haciendo firmar un libro de entrada con un horario de entrada en la mañana y al medio día y entonces se le veía que sufría esa presión laboral, incrementada por la carga laboral que tenía"; que si bien es cierto la testigo manifestó que no conocía ninguna presión indebida frente a la señora Marisol Parra Parra por razón de la maternidad, es natural que así lo afirmara, ya que como se evidencia del testimonio dado por el abogado Dilson Javier Saldaña, la entidad pública estaba desarrollando una actividad sutil y en apariencia ajustada a la legalidad para buscar el retiro de la demandante y por lo tanto no iban a utilizar medios manifiestamente irregulares para lograr el retiro de la actora.

Sostiene que no es coherente que el despacho diga que no hay falsa motivación, ya que no es cierta la afirmación de la parte accionante en cuanto a la adecuada prestación del servicio, pues las constantes llegadas tardes de la demandante afectaban el buen funcionamiento de la entidad; que lo correcto hubiese sido iniciar un proceso disciplinario para sancionar las continuas llegadas tarde, y así lograr un debate probatorio de las posibles irregularidades en que estaba incurriendo la demandante.

Manifiesta el apoderado que si la actora no prestaba adecuadamente el servicio, la entidad pública tenía que haberlo evidenciado de alguna forma en un trámite administrativo, ya que no es correcto que simplemente lo mencione en el sentido de que no se logró el objeto de mejorar el servicio y la atención a los usuarios de la empresa y que por esa razón se haga necesario declarar insubsistente a la señora Marisol Parra Parra.

Dice que es curioso que el propio acto administrativo no diga que la declaratoria de insubsistencia es consecuencia del desmejoramiento del servicio público, ya que si la demandante no estaba cumpliendo lo correcto en términos argumentativos y de

formulación de conocimiento, ésto debió ser consignado en el acto de retiro, de ahí que se presente falsa motivación.

Que el razonamiento del juzgado es absurdo en el sentido de que parte de un supuesto fáctico inexistente para concluir la legalidad del acto demandado, ya que dice la sentencia que no existió falsa motivación, en la medida que no es cierta la afirmación de la accionante en cuanto a la adecuada prestación del servicio, pues en el acto impugnado, no se hace referencia a este hecho, por lo que el fallo de primera instancia parte de un supuesto falso así como ocurre en el acto administrativo de retiro, por cuanto se indica que no fue posible mejorar el servicio, pero eso no implica el desmejoramiento del servicio.

Por último hizo mención a dos aspectos importantes de la sentencia de primera instancia, el primero frente a la afirmación del juzgado en el sentido que se había mejorado el servicio público porque la persona que remplazó a la demandante tiene el título de Contadora, siendo que el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha dicho que si se cumplen los requisitos para el cargo no existe desmejoramiento del servicio, y en segundo lugar, que el Juzgado para nada tiene en cuenta los criterios de estabilidad reforzada de que gozan las madres por su condición de maternidad; que en el caso que nos ocupa, el retiro del servicio público de la señora Marisol Parra Parra fue por dicha causa, tal como lo manifiestan todos los declarantes dentro del proceso, puesto que se debió por los supuestos inconvenientes en el cumplimiento rígido del horario laboral ante su obligación de cuidado de su bebe.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Impugnado el fallo de primera instancia, por auto de 5 de febrero de 2016 (fl. 244) se resolvió admitir en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Así mismo, mediante proveído de 11 de marzo siguiente (fl. 247), se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de ahí que se ordenó a las

partes la presentación de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ese auto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

-ESE Centro de Salud de Santa Sofía: La entidad demandada reiteró en su escrito de alegaciones los argumentos expuestos a lo largo del proceso.

-Ministerio Público: Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, con fundamento en que no existe duda que el retiro de la funcionaria en condición de Tesorera fue inspirado en razones diferentes al buen servicio; que no puede justificar la demandada el incumplimiento de horario, pues no se allegó al proceso prueba de investigación y sanción disciplinaria que sería la prueba idónea para demostrar la falla del servicio; que no es posible acudir a esta clase de mecanismos para utilizar la figura de discrecionalidad sin existir las razones y las pruebas que sustentan la razón en el ejercicio del poder discrecional, excediendo los límites al proferir de forma arbitraria la desvinculación de la demandante, en virtud de la cual en el ejercicio de sus funciones desconoció la Constitución y la Ley.

La parte demandante no presenta alegaciones finales.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Debe establecer este Tribunal si se encuentra ajustada a derecho la decisión tomada por la ESE Centro de Salud de Santa Sofía, al declarar insubsistente el

nombramiento de la señora Marisol Parra Parra, quien se desempeñaba como Tesorera en dicha entidad.

Para lo anterior es preciso determinar la legalidad de la Resolución No. 018 del 26 de junio de 2013 expedida por la Gerente de la ESE Centro de Salud de Santa Sofía, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento de la señora Marisol Parra Parra en el cargo de Tesorera.

3. De los cargos de libre nombramiento y remoción

Se observa que cuando se promulgó la Resolución No. 018 del 26 de junio de 2013 expedida por la Gerente de la ESE Centro de Salud de Santa Sofía, la actora era empleada sujeta al régimen de **libre nombramiento y remoción**. No estaba inscrita en carrera, ni gozaba de período fijo, y no tenía fuero alguno de estabilidad. Siendo ello así, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador.

El artículo 125 de la Constitución Política establece la regla general de la carrera administrativa para proveer los empleos públicos, siendo los de libre nombramiento y remoción una excepción que debe ser creada y definida por la ley. En desarrollo de esta facultad han sido promulgadas principalmente las leyes 270 de 1996, "estatutaria de administración de justicia"; 443 de 1998, "por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones"; y 909 de 2004, "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". Del contenido de esta normativa se extraen dos consideraciones particulares sobre los cargos de libre nombramiento y remoción: "de una parte, debe tratarse del cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, de otra parte, ha de referirse a aquellos cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen a su cargo esa clase de responsabilidades".

El artículo 1° de la Ley 909 de 2004[1], contempló como uno de los empleos en los organismos y entidades de la administración pública, los cargos de libre nombramiento y remoción. A su vez, el artículo 5° ibídem clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción de los siguientes:

> "Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:
> (. . .)
> 2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:
> a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:
> (. . .)."

Visto lo anterior, se tiene que la legislación previó una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de manejo y dirección institucional, para lo cual, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta razonable que para la provisión de empleos que impliquen tal condición, no se requiera superar un proceso de selección por méritos toda vez que, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

---

[1] **Artículo 1°.** Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

a) Empleos públicos de carrera;

b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;

c) Empleos de período fijo;

d) Empleos temporales.

Como se observa, para el desempeño de los cargos de libre nombramiento y remoción, la confianza juega un rol preponderante, lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión, tal como lo dispone el inciso 2° del parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004[2].

4. Del acoso laboral

El acoso laboral fue regulado por la Ley 1010 de 2006 en los siguientes términos:

> **"Artículo 1°**. Objeto de la ley y bienes protegidos por ella. La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.
>
> Son bienes jurídicos protegidos por la presente ley: el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa.
>
> **Parágrafo:** La presente ley no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación. Tampoco se aplica a la contratación administrativa. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante** Sentencia C-960 de 2007, **en el entendido de que si en realidad existe una relación laboral, se aplicará la Ley 1010 de 2006.**

El artículo 2° de la ley, al establecer la definición y modalidades del acoso laboral, dispuso como tal "...toda conducta **persistente y demostrable** (...) encaminada a infundir **miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral,**

---

[2] El parágrafo 2 inciso 2 del artículo 41 ibídem, estableció que la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado:

"El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado" (Subraya fuera de texto)

generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo." Resaltado fuera de texto.

Así las modalidades precisadas como maltrato laboral[3] fueron, persecución laboral[4], discriminación laboral[5], entorpecimiento laboral[6], inequidad laboral[7]y desprotección laboral[8].

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T- 882 de 2006 señaló:

> "...Así pues, partiendo de la jurisprudencia constitucional sobre integridad moral, entendida ésta como una manifestación directa de la dignidad humana, comprensiva tanto de las facetas de la personalidad como aquellas "de la identidad individual, el equilibrio psicológico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano"[9], los jueces ordinarios han creado unas líneas jurisprudenciales que pueden ser considerados como criterio auxiliar de interpretación en el presente asunto. En tal sentido, los jueces han entendido que el acoso laboral (i) constituye un atentado contra la integridad moral de las personas a quienes se someten a tratos degradantes, y por ende, configura una violación a la Constitución[10]; (ii) se presenta cuando una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a un conjunto de comportamientos hostiles[11]; (iii) comprende diversas formas de maltrato físico o verbal que recibe el trabajador, de forma deliberada, por sus superiores o compañeros, lo cual conduce a su aniquilamiento psicológico, y en últimas, conlleva a su salida de la empresa u organización[12]; (iv) los comportamientos hostiles deben ser examinados en conjunto, pues tomados aisladamente pueden parecer anodinos; (v) normalmente, la

[3] Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.

[4] Toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.

[5] Modificado por el art. 74, Ley 1622 de 2013: Todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.

[6] Toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.

[7] Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.

[8] Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.

[9] Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 120, del 2 de julio de 1990.

[10] Tribunal Social de Navarra, S. 18-05-2001, núm. 161/2001.

[11] Tribunal Social de Pamplona, sentencia núm. 319/2001.

[12] Juzgado núm. 30 de lo Social de Madrid, auto núm. 24 de 2002.

> parte hostigadora cuenta con todos los recursos, por encontrarse en una posición de superioridad jerárquica; y (vi) no se trata de un simple conflicto laboral, inevitable en cualquier organización, sino de una práctica que causa perjuicios psíquicos y físicos al agredido, usualmente bajo la forma de estrés laboral[13].
> Así las cosas, en el acoso laboral suelen encontrarse presentes los siguientes elementos:
> a. Asimetría de las partes.
> b. **Intención de dañar.**
> **c. Causación de un daño.**
> **d. Carácter deliberado, complejo, continuo y sistemático de la agresión**..." Resaltado fuera de texto.

Ahora bien, cuando se presentan casos de acoso laboral se distinguen tres tipos de procedimientos: preventivos, correctivos y sancionatorios. Dentro de los preventivos y correctivos, están los procedimientos internos en las empresas y entidades públicas, tendientes a lograr la conciliación y la amigable composición de las personas afectadas, con la mediación de un comité bipartito conformado para el efecto, actividades pedagógicas de identificación de conductas, y la toma de decisiones y medidas administrativas que logren conjurar la situación de acoso laboral.[14]

Respecto de los procedimientos sancionatorios señaló que estos corresponden: en el sector privado, al Ministerio de Trabajo a través de los inspectores de trabajo; y para el caso de servidores públicos, a la Procuraduría General de la Nación, exceptuando los funcionarios de la Rama Judicial, que conocerán las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales o Superior, según sea el caso.

Para tomar medidas sancionatorias es preciso que previamente se adelante el procedimiento establecido en la misma ley para el caso del sector privado, y para los servidores públicos, el procedimiento disciplinario dispuesto en la Ley 734 de 2002, lo cual finalmente puede conducir a aplicar las sanciones previstas.

La Corte Constitucional en la Sentencia T- 238 de 2008 precisó en ese sentido:

> "...Como medidas preventivas y correctivas del acoso laboral, la Ley 1010 de 2006 requirió a los empleadores, a fin de ajustar el reglamento interno de las empresas con el propósito de establecer procedimientos internos, confidenciales y conciliatorios

[13] Juzgado núm. 1 de lo Social de Pamplona, sentencia núm. 200 de 2001.

[14] Contempló la norma la posibilidad de denunciar situaciones de acoso laboral ante autoridades (inspectores de trabajo, personeros municipales, Defensoría del Pueblo).

> efectivos, para superar las situaciones que en ese sentido ocurran en el lugar de trabajo[15].La víctima de acoso laboral además, podrá solicitar la intervención de una institución conciliadora autorizada legalmente a fin de que se supere la situación de acoso, de una manera amigable. **Si no hay respuesta de la empresa sobre esa situación,** la Ley 1010 de 2006 **permite la denuncia** de los hechos ante el inspector de trabajo, los inspectores municipales de Policía, los Personeros Municipales o la Defensoría del Pueblo, a prevención. Con todo, la omisión de la adopción de medidas preventivas o correctivas del acoso laboral por parte del empleador o jefes superiores de la administración, se entenderá como tolerancia a la misma[16]..." Resaltado fuera de texto.

5. De la garantía frente a denuncias por casos de acoso laboral

La ley y la jurisprudencia han desarrollado un principio superior a la estabilidad laboral, principio que se ha denominado estabilidad laboral reforzada, con el cual se busca garantizar la estabilidad del trabajador en casos muy particulares y que puedan afectar gravemente algunos principios constituciones del trabajador. Estos principios han adquirido más importancia por ejemplo en la mujer en estado de embarazo y lactancia o en los directivos de sindicatos, casos en los cuales, según el principio de estabilidad laboral reforzada, para despedir estos empleados no es suficiente con la existencia de causas justas contempladas por la ley laboral. Respecto de los sindicatos, la misma ley laboral les confiere una protección especial, toda vez que prohíbe despedir a un empleado con fuero sindical sin antes haber sido levantado el fuero por un juez. La estabilidad laboral reforzada es aplicable también a los trabajadores que sufren de alguna discapacidad, o condiciones que los coloque en desventaja frente a otros trabajadores.[17] La Ley 1010 de 2006, crea una nueva forma de estabilidad laboral reforzada al señalar en el artículo 11:

> "Garantías contra actitudes retaliatorias. A fin de **evitar actos de represalia** contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:

---

[15]Ver Decreto 231 de 2006 y Resolución 734 de 2006. Además, la Corte Constitucional en la sentencia C-282 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, que declaró exequible la expresión acusada del parágrafo 1° del artículo 9° de la ley 1010 de 2006, recalcó lo siguiente: "... el hecho de que una determinada empresa o entidad no tenga reglamento de trabajo o que, en general, no haya desarrollado los mecanismos preventivos y correctivos de que trata la ley, no impide que con la intervención de alguno de los funcionarios previstos en el artículo 9°, se tomen las medidas correspondientes frente a situaciones concretas de acoso laboral, exista o no reglamento de trabajo".

[16] Parágrafo 2, artículo 9° de la Ley 1010 de 2006.

[17] Sala de Decisión No. 3 de este Tribunal. Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Nelly Sol Gómez de Ocampo. Demandado: Municipio de Tunja. Expediente: 15001 3333 012 2012 00097 02.

1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral **que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley**, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, **siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento...**" Resaltado fuera de texto

Desagregando el texto normativo se desprenden los elementos que deben concurrir al momento de considerar la garantía de estabilidad reforzada en casos de denuncia por acoso laboral:

- La estabilidad reforzada proviene del ejercicio de **procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios.**
- Los actos de retiro carecerán de efecto **si se profieren dentro de los 6 meses siguientes a la petición o queja.**
- La autoridad **administrativa, judicial o de control** competente debe verificar la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.

Es decir que ese fin preventivo de la norma surge, precisamente, para evitar que el denunciante sea sancionado con el despido del empleado quejoso, lo cual supone el conocimiento de la queja o petición por parte de denunciado, porque no se puede evitar lo que no se conoce y tampoco puede admitirse que el retiro es un castigo o venganza si quien tiene tales intenciones no conoce la denuncia o queja.

En estas condiciones, cuando se presenta queja tendiente a iniciar el trámite sancionatorio, concomitantemente, se activa la garantía de inamovilidad reforzada de que trata la ley porque ello descontextualiza sus mismos fines que, sin duda, atinan a que la situación pueda ser dilucidada y resuelta, en primer lugar, con la participación de las partes involucradas.

Como se precisó, una interpretación gramatical del artículo 11 de la norma no puede desconocer que la pérdida del efecto del retiro declarado contra quien ha formulado una petición, queja o denuncia por acoso laboral, necesariamente, implica que aquella persona contra quien se formula, conoce de ella y en venganza o como castigo, decide el retiro del empleado.

A juicio de esta Sala, la garantía de inamovilidad reforzada que se otorga para proteger a los empleados del acoso laboral, atendiendo al texto de la norma exige

que el presunto "acosador" tenga conocimiento de la condición de la presunta "víctima". No de otra manera puede entenderse el alcance de la ley cuando prevé procedimientos **preventivos, correctivos** e incluso sancionatorios.

De otra parte, si se exige que los hechos denunciados ante la autoridad competente gocen de verificación, ello implica, en sana lógica, que la queja o los hechos que, considera el empleado, constituyen acoso sean conocidos por la otra parte. Lo contrario dejaría sin vigencia principios de buena fe en la actuación de cualquier ciudadano y, además, daría por ciertos hechos que sólo uno de los implicados ha evaluado como acoso laboral, sin que la autoridad competente para su investigación los haya verificado, y sin escuchar a la parte acusada de acoso, lo cual pondría en riesgo el debido proceso.

Adicionalmente considera esta Sala que las razones dadas en relación con los fines de la Ley 1010 de 2006 y la forma como fue expresada la garantía laboral resultan suficientes para concluir, de su propio texto, necesario el requisito de conocimiento previo del nominador.

Las anteriores consideraciones llevan a concluir que el artículo 11° debe ser leído de forma integral y que, en consecuencia, la garantía de inamovilidad reforzada no se activa con la sola presentación de una queja ante la autoridad encargada de disciplinar la presunta conducta de acoso laboral, sino que exige el previo conocimiento del nominador.

En el plenario no obra prueba alguna de actuación adelantada en términos de procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios, lo cual permite descartar conocimiento del nominador por estos medios.

6. Del caso concreto

Revisado el recurso de apelación presentado por la parte actora, da cuenta la Sala que el mismo está encaminado a desestimar los argumentos expuestos por el a quo, y que sirvieron de fundamento para declarar la inexistencia de desviación de poder y

falsa motivación, de ahí que esta instancia se adentrara en analizar estos dos puntos para determinar si le asiste razón al recurrente, o si por el contrario la sentencia debe ser confirmada.

Desviación de poder

Tratándose de la desviación de poder, que es una causal de anulación según la cual el acto administrativo es proferido por el funcionario competente, con apariencia de legalidad, pero cuyas finalidades son ajenas a las contempladas en la ley, es necesario probar las intenciones del nominador al proferir el acto.

Asegura el recurrente que la manifestación hecha por la señora Marisol Parra Parra en su declaración, respecto de que no había sido víctima de acoso laboral, no debe tomarse en estricto sentido, sin entrar a hacer un análisis de lo consignado en la demanda y su contestación, y demás elementos probatorios para determinar que no se demostró la causal de desviación de poder, pues considera el apoderado del actor que sustentar la sentencia en la negación que hizo la demandante ante una pregunta no es de recibo, toda vez que la realidad fáctica dice otra cosa.

Para probar que en efecto la demandante fue víctima de acoso laboral, el apoderado actor hizo mención al testimonio presentado por la señora Ángela Consuelo Gamboa, de ahí que considera la Sala pertinente traerlo a colación:

> "PREGUNTADO: manifieste usted en forma precedente que la señora PARRA PARRA fue objeto de acoso, sírvase por favor informar como se exteriorizó el acoso al que usted hace alusión. CONTESTO: **Yo lo podía visualizar porque trabaje al lado de ella trabajamos en la misma oficina y ella se sentía presionada por el horario porque la estaban haciendo firmar un libro de entrada con un horario de entrada en la mañana y al medio día y entonces yo veía que ella sufría esa presión laboral fuera de la carga laboral y lo del libro era en cierto modo molesto porque era una presión de llegar a firmar a la hora que tenía que estar ahí y yo si veía que ella se sentía presionada por esa parte** (...). PREGUNTADO: Por favor manifieste al despacho si usted tiene conocimiento de alguna presión o acoso indebido por parte de la entidad demandada respecto a la maternidad de la señora PARRA PARRA. CONTESTO: No, respecto a la maternidad no conozco ninguno. PREGUNTADO: Sírvase indicar al Despacho y de acuerdo a lo que usted manifiesta respecto a un libro de entrada que dice que venía firmándose desde el año 2012 si dicho libro debía solamente firmarlo la señora MARISOL PARRA o si debía firmarlo también los demás compañeros de trabajo de la ESE Centro de Salud de Santa Sofía.

CONTESTO: **Fecha exacta no la recuerdo, pero sí era desde el año 2012 y si lo firmaban los demás funcionarios** (...)".

Lo dicho por la testigo y en lo cual se funda el recurrente para que se desestime la inexistencia de desviación de poder, no es prueba suficiente que acredite el hecho de que la señora Marisol Parra Parra fue víctima de acoso laboral, **más cuando fue la misma demandante en su declaración quien dijo que no.**

En ese sentido la Sala comparte plenamente los argumentos expuestos en primera instancia y que sirvieron de base para desestimar el cargo, pues el solo hecho de exigir el cumplimiento de horario no es causal suficiente para indicar que se está ante una situación de acoso laboral, más cuando dicha circunstancia no está contemplada dentro de las modalidades establecidas en el artículo 2° de la Ley 1010 de 2006 para que se presente dicha situación.

Ahora, la obligación de firmar el libro cuando se llegaba a laborar y cuando se terminaba la jornada no era solo de la demandante, la testigo es clara en indicar que todos los funcionarios debían firmarlo, era un deber general, contrario sería si dicha exigencia hubiera sido impuesta solo para la señora Marisol Parra Parra, lo cual no ocurrió así.

Por el contrario, nota la Sala de las pruebas obrantes en el expediente que en efecto la señora Marisol Parra Parra no podía cumplir con el horario que le fue establecido, pues es en la misma Resolución 016 de 15 de mayo de 2013 vista a folios 15 y 16 que se deja ver con claridad que fue la misma demandante quien solicitó formalmente se le ajustara el horario de trabajo a medio tiempo.

Así mismo en Oficio de 21 de marzo de 2013 (folio 27) dirigido a la Gerente de la ESE, la actora le informa lo siguiente: "Por medio de la presente me permito informarle que el lunes 25 de marzo laboraré remplazando el domingo 17, el día miércoles 27 por el Domingo 24; de ahí en adelante mi jornada laboral será de lunes a viernes ya que por motivos familiares me es imposible trabajar los domingos (...)".

Se deja ver con claridad que a la señora Marisol Parra Parra le era imposible cumplir con el horario que le fue establecido, por lo que es justificable que la entidad haya buscado fórmulas de arreglo para disminuirle la jornada laboral a medio tiempo, de ahí que no es de recibo lo dicho por el recurrente que lo que se buscaba era desmejorar las condiciones laborales de la actora, por el contrario lo que buscó fue mejorar su situación.

Así las cosas, encuentra la Sala justificación de declarar insubsistente a la demandante señora Marisol Parra Parra, pues el no cumplimiento del horario lo que conlleva no es precisamente a una buena prestación del servicio, por el contrario, estas situaciones inciden de manera directa en el mal funcionamiento de una entidad que como la ESE Centro de Salud de Santa Sofía por el servicio que presta debe cumplir con sus funciones de manera eficiente y responsable.

Se observa con asombro que ningún esfuerzo probatorio hizo la parte actora para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que la retiró del servicio, por el contrario existe suficientes pruebas para endilgarle a la señora Marisol Parra Parra, descuido en el cumplimiento de sus deberes, se probó que la demandante no desempeñaba a cabalidad sus funciones conllevando con su actuar a un desmejoramiento del servicio.

Así mismo, dentro del expediente no se encuentra prueba alguna que haga pensar, como lo dice el apoderado actor, que la intención de la entidad demandada era la de retirar a la señora Marisol Parra Parra del cargo que venía ocupando, al acceder con el cambio de horario, pues es lógico que si una funcionaria no está cumpliendo con sus deberes lo menos que podía hacer la entidad era como en este caso declararla insubsistente para cumplir con su objeto, **más cuando se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción**, cargo que por su denominación debe fundarse en la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

De otro lado, no existe material probatorio alguno que haga saber a la Sala que la demandante presentó queja ante las autoridades competentes sobre el supuesto acoso

laboral del que estaba siendo víctima, de ahí que no se puede hablar en este caso de estabilidad reforzada de que trata la Ley 1010 de 2006, pues es precisamente cuando se presenta queja tendiente a iniciar el trámite sancionatorio, **cuando se activa la garantía de inamovilidad reforzada de que trata la ley**.

Como se indicó en precedencia, la garantía de inamovilidad reforzada que se otorga para proteger a los empleados del acoso laboral, atendiendo al texto de la norma exige que el presunto "acosador" tenga conocimiento de la condición de la presunta "víctima". No de otra manera puede entenderse el alcance de la ley cuando prevé procedimientos preventivos, correctivos e incluso sancionatorios.

Por lo anteriormente expuesto se desestimará el cargo presentado por el recurrente.

Falsa motivación

Señala el recurrente que el acto administrativo del cual pretende su nulidad está incurso en falsa motivación; que no es coherente que el a quo haya indicado que no es cierta la afirmación de la parte accionante en cuanto a la adecuada prestación del servicio, pues las constantes llegadas tarde de la demandante afectaban el buen funcionamiento de la entidad; que si la señora Marisol Parra Parra no prestaba adecuadamente el servicio, la entidad pública tenía que haberlo evidenciado de alguna forma en un trámite administrativo, ya que no es correcto, que simplemente lo mencione en el sentido de que no se logró el objeto de mejorar el servicio y la atención a los usuarios de la empresa, y que por esta razón se hubiera hecho necesario declarar insubsistente a la demandante.

Adicionalmente advierte falsa motivación, porque considera que el acto administrativo debió considerar que la declaratoria de insubsistencia fue consecuencia del desmejoramiento del servicio, a causa de que la demandante señora Marisol Parra Parra no estaba cumpliendo con sus funciones.

Para el caso de aquellos empleados que se encuentran vinculados bajo el régimen de libre nombramiento y remoción, **la declaración de insubsistencia encuentra**

sustento en el poder discrecional del agente nominador, el cual, cabe aclarar, debe encontrar límite en los fines que la ley imponga al servicio que se presta con la provisión, y, de manera general, la remoción de los empleados siempre deberá obedecer al mejoramiento del servicio público.

Debe reiterar la Sala que un funcionario vinculado a un cargo gobernado por el régimen de libre nombramiento y remoción, **carece de estabilidad, por lo que su vinculación es la más precaria dentro de la Función Pública, pues esta clase de cargos desarrollan funciones de dirección, confianza y manejo**, lo cual sirve de sustento, dentro de los límites ya establecidos, para que el agente nominador pueda remover al funcionario en cualquier momento.

De ahí que no es de recibo lo dicho por la parte demandante, que le asista derecho a la actora de percibir salarios y prestaciones desde el momento en que ocurrió su retiro hasta cuando fuera ubicada por orden judicial, pues como ya se indicó la declaración de insubsistencia de la señora Marisol Porras Porras, quien ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, encuentra fundamento en la facultad discrecional del nominador, de ahí que su desvinculación fue una decisión acertada.

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

De otro lado, dirá la Sala que la facultad discrecional no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento procede siempre y cuando esté inspirado **en razones del buen servicio.**

La potestad discrecional no es pues sinónimo de arbitrariedad es, por el contrario, una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública. Entonces, la discrecionalidad "surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público"[18].

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. **En ese sentido, la Corte Constitucional[19] ha indicado que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus colaboradores.**

Al igual, el Consejo de Estado[20] reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico[21].

---

[18] García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 143.

[19] En este sentido, la Sentencia C-443 de 1997, señaló:

"(...)la estabilidad "entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo", es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, "pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

(...) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) **y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad),** hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta."

[20] CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION B. Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.- Bogotá D.C., 9 de marzo de 2017.

[21] Esta concepción parte de una idea de carga dinámica de la prueba, sin olvidar que, en principio, quien alega la ilegalidad de un acto debe demostrarlo.

En este sentido, en providencia de fecha 3 de agosto de 2006, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se indicó:

> "En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.".

Es por lo anterior que, como bien lo señala el tratadista García de Enterría[22], el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida, ello precisamente encaminado a establecer si las razones que inspiraron la decisión tomada en ejercicio de la facultad discrecional desborda o desconoce el principio de razonabilidad.

Visto el acto administrativo demandado contenido en la Resolución No. 018 de 26 de junio de 2013, en el mismo se dispuso:

> "(...)
> **CONSIDERANDO**
>
> Que mediante resolución No. 016 de fecha 15 de Mayo de 2013, se realizó vinculación de tiempo completo a medio tiempo a la señora **MARISOL PARRA PARRA** identificada con la cédula de ciudadanía No. 24´053.059 de Santa Sofía se venía desempeñando en el cargo de Tesorera, en la ESE Centro de Salud de Santa Sofía del Departamento de Boyacá.
>
> **Que teniendo en cuenta que no se logró el objeto de mejorar el servicio y la atención a los usuarios de la Empresa**, se hace necesario declarar insubsistente a la señora MARISOL PARRA PARRA identificada con la cédula de ciudadanía No. 24´053.059 de Santa Sofía con el fin de proveer el cargo para cumplir con los objetivos misionales de la Empresa.
>
> (...)
>
> Que por ser un cargo de libre nombramiento y remoción la Gerente de la ESE, puede disponer del mismo para el mejoramiento y calidad del servicio, de conformidad a la Ley 909 (...)

---

[22] García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 144

Que se han realizado además llamados de atención verbal y escritos a la señora MARISOL PARRA PARRA por reiterado incumplimiento en los horarios establecidos por la entidad y que dicho incumplimiento está generando estancamiento de los procesos establecidos en el área de tesorería.

Por lo expuesto anteriormente, la Gerente,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar insubsistente a la señora **MARISOL PARRA PARRA** identificada con la cédula de ciudadanía No. 24´053.059 de Santa Sofía quien se encuentra vinculada por la modalidad de libre nombramiento y remoción de medio tiempo en el cargo de Tesorera, a partir del día 28 de junio de 2013.
(…)" Resaltado fuera de texto

Causa extrañeza a la Sala lo dicho por el recurrente, que el acto administrativo demandado está falsamente motivado, pues por el contrario, allí se advierte con claridad que la declaratoria de insubsistencia de la señora Marisol Porras Porras en el cargo de Tesorera, se dio simple y llanamente por el reiterado incumplimiento en los horarios establecidos por la entidad, lo cual trajo como consecuencia el desmejoramiento del servicio por el no cabal cumplimiento de sus funciones.

De otro lado quiere aclarar la Sala que la existencia de documentos que demuestran la capacitación de la actora nada dicen del desempeño laboral suyo ni de la persona designada en reemplazo; contrario se aportó el manual de funciones y de competencias laborales[23] y se probó que la persona designada en reemplazo cumplía con las exigencias propias del empleo, de ahí que no se puede derivar un posible desmejoramiento del servicio. En fin, existe prueba para calificar las calidades de la señora Ángela Johana Beltrán Vargas, quien tenía los requisitos para el empleo[24].

Por último, respecto de los criterios de estabilidad reforzada de que gozan las madres por su condición de maternidad y frente a los que no dijo nada el a quo, tiene que decir la Sala que dicha garantía según el Consejo de Estado[25] solo cobija a las madres que son cabeza de familia.

---

[23] Folios 101 a 138

[24] Hoja de vida vista a folios 139 a 164

[25]CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO Bogotá, D. C., seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017) Radicación

Es del caso precisar que se entiende por madre cabeza de familia y, para ello, debemos acudir a la norma contenida en el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones, en la que textualmente se establece:

> "Artículo 1°. El artículo 2° de la Ley 82 de 1993 quedará así:
>
> Artículo 2°. Jefatura femenina de hogar. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.
>
> En concordancia con lo anterior, **es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.**
> (...)" Resaltado fuera de texto

En el presente caso no se encuentra probado que la señora Marisol Parra Parra ostentara la condición de ser madre cabeza de familia, ni siquiera en los hechos de la demanda se indica que tuviera tal condición, de ahí que pretender ahora en segunda instancia que por su posición de madre debe garantizársele una estabilidad reforzada no resulta válido, pues en efecto la entidad cumplió manteniéndola en el cargo una vez se reintegró de su licencia de maternidad, durante el periodo de lactancia.

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

VII. COSTAS PROCESALES

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

Igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la parte actora, la suma (1) S.M.M.L.V. ello en virtud con lo dispuesto en el artículo 5° del Acuerdo N° PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja de 18 de agosto de 2015, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

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

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

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

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

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

La anterior firma hace parte integrante del expediente No. 150013333013-2013-00271-01

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 11 de hoy. 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 2 [illegible]

Demandante	Celmira del Carmen Poveda Rodríguez
Demandado	La Nación- Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente	15001-3333-013-2014-00168-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Apelación de Sentencia –Reconocimiento y pago de cesantía retroactiva

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante (fls. 73 a 76) contra la sentencia proferida en audiencia inicial del 21 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Trece Administrativo de Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda (fls. 56 a 61).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 a 9)

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora CELMIRA DEL CARMEN POVEDA RODRÍGUEZ, presentó demanda en contra de LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el objeto de que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 000999 de 10 de marzo de 2014, por medio de la cual se reconoció la cesantía parcial a la demandante.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene el reconocimiento, liquidación y pago a la demandante de la cesantía parcial de manera retroactiva y no anualizada.

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

La demandante fue nombrada en propiedad por el alcalde del Municipio de Chiquinquirá mediante Decreto 624 del 29 de diciembre de 1994, para desempeñarse como docente del Colegio Cooperativo de Chiquinquirá, cargo en el cual tomó posesión el 4 de enero de 1995.

El 11 de septiembre de 2013, la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales con destino a la construcción de vivienda, petición que le fue resuelta mediante la Resolución Nº 000999 del 10 de marzo de 2014, a través de la cual se le reconocieron las cesantías parciales de forma anualizada.

La demandante es una docente territorial y por tanto le son aplicables las normas que rigen a dichos docentes, lo cual implica que tiene derecho a la liquidación retroactiva y no anualizada de sus cesantías.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

La demandante considera que con el acto administrativo demandado se vulneraron las siguientes normas: artículos 2, 13 y 53 de la Constitución Política, así como el Acuerdo Nº 34 de 1998, la Ley 244 de 1995, la Ley 1071 de 2006, y los artículos 2 y 84 del C.C.A.

2. LA CONTESTACIÓN

Las entidades demandadas guardaron silencio a pesar de habérseles notificado en debida forma, conforme se extracta de la certificación que obra a folio 46.

3. LA PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado Trece Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, puso término a la instancia con sentencia proferida en audiencia inicial del 21 de marzo de 2017, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda (fls. 56 a 61).

Luego de efectuar una síntesis de los antecedentes del caso y fijar los problemas jurídicos, pasó a estudiar la clasificación de los docentes en nacionalizados, nacionales y territoriales, así como el auxilio de cesantías y el régimen que se aplica a los docentes.

Al referirse al caso concreto señaló que se encuentra establecido que la demandante fue nombrada como docente en propiedad en el Municipio de

Chiquinquirá, mediante decreto del 29 de diciembre de 1994, tomando posesión del cargo el 4 de enero de 1995.

Destacó que en el acto de nombramiento se indicó que el mismo se hace en virtud del parágrafo 1° del artículo 6° de la Ley 60 de 1993 y del Convenio Interadministrativo N° 19 de diciembre de 1994, suscrito con el Departamento de Boyacá para vincular en propiedad a docentes que venían trabajando en el año 1993.

Señaló que entonces no es posible acceder a lo pretendido por la demandante pues su posesión se hizo con posterioridad al 31 de diciembre de 1989 y después de la entrada en vigencia de dicha norma.

Finalmente, estimó que así la demandante esté vinculada en calidad de docente del ente territorial con recursos propios del mismo, por su fecha de incorporación al sistema educativo, se encuentra cobijada por el sistema de cesantías anualizado. Destacó al efecto, pronunciamientos de este Tribunal.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad para ello, la parte demandante interpuso recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque la decisión y en su lugar se concedan en su totalidad las pretensiones de la demanda (fls. 73 a 76).

Señaló que la demandante es beneficiaria del régimen prestacional vigente de la entidad territorial y por ende, le asiste el derecho de percibir las cesantías con retroactividad, computando todo el tiempo laborado, liquidadas con el último salario devengado, y teniendo en cuenta todo aquello que implique directa o indirectamente una retribución ordinaria y permanente de servicios.

Trajo a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado y otro el 11 de marzo de 2015 proferido por este Tribunal, y señaló que la demandante ingresó al servicio de la educación el 29 de diciembre de 1994, tomando posesión del cargo el 4 de enero de 1995, por lo que resulta gravoso que el *a quo* desconozca la realidad fáctica y jurídica, más aun cuando de esta se tiene plena prueba que permite concluir que tiene derecho a la liquidación retroactiva de sus cesantías.

Concluyó que no es posible que a su cliente se le aplique el régimen de liquidación anual de cesantías con fundamento en el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues se trata de una docente nacionalizada con vinculación territorial, que se vinculó antes del 30 de diciembre de 1996,

aspecto que debe tenerse en cuenta para la resolución favorable de las pretensiones incoadas en la demanda.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado para presentar alegatos de conclusión, ninguna de las partes se pronunció al respecto, y así mismo, el representante del **Ministerio Público** guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En razón al recurso de alzada interpuesto por la parte demandante contra la decisión de primera instancia, corresponde a esta Sala establecer si la señora CELMIRA DEL CARMEN POVEDA RODRÍGUEZ, tiene derecho a que se le reconozca y pague las cesantías definitivas con fundamento en el régimen de retroactividad, o por el contrario con régimen anualizado, debido a la fecha de vinculación al servicio público educativo.

2. TESIS DEL CASO SUB EXÁMINE

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

2.1. Tesis argumentativa propuesta por el *a quo*

Su decisión se encaminó a negar las pretensiones de la demanda, toda vez que encontró que la demandante se vinculó como docente el 4 de enero de 1995, luego, le es aplicable el régimen salarial y prestacional vigente al momento de su ingreso al servicio, esto es, la Ley 91 de 1989, es decir, el régimen anualizado.

2.2. Tesis argumentativa propuesta por el apelante

Manifiesta que la demandante tiene derecho al pago de cesantías parciales en forma retroactiva por ser docente con vinculación territorial, por lo que le son aplicable las disposiciones contenidas en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Basa sus argumentos en la Ley 60 de 1993, para indicar que el personal docente territorial será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del

Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

2.3. Tesis de la Sala

Se procederá a confirmar la sentencia recurrida, toda vez que las cesantías parciales de la demandante fueron reconocidas en debida forma por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que su vinculación fue posterior al 1º de enero de 1990, fecha a partir de la cual a todos los docentes que se vincularan al servicio educativo oficial les será aplicable el sistema anualizado de cesantías.

Dirá la Sala, que para el asunto *sub examine,* es aplicable el régimen de cesantía anualizada, por ser la demandante del ramo docente y haber ingresado al servicio en el año 1994, sin que se tenga en cuenta la clase de vinculación, según lo dispuso en el numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, disposición que no se afectó con lo previsto en la Ley 344 de 1996, habida cuenta que su artículo 13 respetó el régimen especial aplicable a los docentes.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: ***i)*** Docentes Nacionales, Nacionalizados y Territoriales, ***ii)*** Régimen de cesantías de los docentes, y, ***iv)*** El caso concreto.

3. DOCENTES NACIONALES, NACIONALIZADOS Y TERRITORIALES

Para dar solución al problema jurídico planteado es necesario establecer de acuerdo al tipo de vinculación, qué docentes ostentan la calidad de nacionales, nacionalizados o territoriales. Para tal efecto es forzoso traer a colación lo reglado en la Ley 91 de 1989, en la cual, el legislador definió:

> *"Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*
>
> *Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
>
> *Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
>
> *Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975..."*

A su vez, el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, a la letra reza:

> *"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."*

De modo que, la norma define con total claridad las condiciones de vinculación que debe cumplir un docente para ser catalogado como nacional, nacionalizado o territorial, situación que determina en gran medida el régimen de liquidación de cesantías correspondiente a cada educador, toda vez que la citada ley 91 en su artículo 4° delimitó la competencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

Es importante recordar que con la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, el distrito especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías y se definió como un servicio público a cargo de la Nación, proceso efectuado de manera gradual iniciando el 1° de enero de 1976 y culminando en 1980.

Finalizado éste, el personal docente y administrativo incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo estatal, adquirió el carácter de empleado público del orden nacional; sin embargo, posteriormente, en vigencia de la Constitución de 1991 con la Ley 60 de 1993 se descentralizó el servicio educativo.[1]

4. RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

A fin de establecer el régimen de cesantías de los educadores de acuerdo a su tipo de vinculación, es necesario remitirse nuevamente a la Ley 91 de 1989, estatuto que en el numeral 3 del artículo 15, reguló el tema de la siguiente manera:

> *"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad* ***al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones****:*
>
> *(...)*
>
> *3 Cesantías:*
>
> *A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario*

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", sentencia del 22 de junio de 2000, Rad. N° 2630-99, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

*B. **Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año**, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."*

Respecto a la norma en cita, el Consejo de Estado se manifestó de la siguiente manera:

*"De manera particular, en lo que a las **cesantías** hace referencia, el numeral 3° de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, **para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989,** dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año. **Y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,** equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.*

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la

> ***entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses***".[2]
>
> (Destacado por la Sala)

De otro lado, esta corporación, en asunto de similares contornos al que nos ocupa, señaló:

> "*Considera la Sala que el régimen de cesantías se define en este caso, teniendo en cuenta la norma vigente al momento de ingreso al servicio, así:* ***retroactivo*** *para quienes se encontraban vinculados en condición de nacionalizados hasta 31 de diciembre de 1989, y* ***anualizado*** *con intereses para los docentes nacionales* ***y para quienes ingresaron o ingresen a trabajar como docentes a partir de 1990****, cualquiera que sea el tipo de vinculación, argumentos suficientes para concluir que no se puede reconocer el derecho reclamado, toda vez que la demandante ingreso a trabajar el 1° de febrero de 1990* "[3].
>
> (Destacado por la Sala).

Así las cosas, se tiene entonces que **únicamente los docentes nacionalizados que comenzaron a laborar antes de 31 de diciembre de 1989, conservaron el régimen retroactivo de cesantías, toda vez que los nacionales y los incorporados al servicio educativo a partir de enero de 1990 -independientemente de su tipo de vinculación-, se les aplica el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.**

5. LOS ELEMENTOS PROBATORIOS

Dentro del caudal probatorio, se observan las siguientes pruebas que constituyen piezas importantes en la resolución del asunto:

- Copia del Decreto N° 624 del 29 de diciembre de 1994, expedida por el alcalde municipal de Chiquinquirá, por medio del cual se nombran algunos docentes en plazas municipales que venían con contrato a 30 de junio de 1993, y en consecuencia, se nombró a la señora Celmira del Carmen Poveda como docente en el Colegio Cooperativo de Chiquinquirá (fls. 11 y 12).

- Copia del acta de posesión de la señora Celmira del Carmen Poveda como docente docente municipal en propiedad, con fecha 4 de enero de 1995 (fl. 13).

---

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 25 de marzo de 2010, Rad. N° 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[3] Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5, sentencia del 7 de mayo de 2015, Rad. No. 15001233300020130044 8-00, M.P. Dr. Israel Soler Pedroza.

- Copia de la Resolución Nº 000999 del 10 de marzo de 2014 proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por la cual se reconoció a favor de la demandante, la suma de $22.078.082 por concepto de liquidación parcial de cesantías correspondiente al tiempo de servicios prestado como docente municipal con recursos propios (fls.15 a 17).

6. CASO CONCRETO

Tal como se indicó al momento de fijar el litigio, corresponde a la Sala en el presente asunto establecer si la demandante CELMIRA DEL CARMEN POVEDA RODRÍGUEZ cumple con los requisitos legales para que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le pague sus cesantías aplicando el sistema retroactivo y no el régimen anualizado como se hizo en el acto acusado.

Dentro de las presentes diligencias se encontró probado que la demandante fue nombrada en propiedad para desempeñar el cargo de docente en el Colegio Cooperativo de Chiquinquirá, Especialidad Primaria, cargo en el cual **tomo posesión el 4 de enero de 1995** (fl. 13).

Así las cosas, es evidente que el reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante se encuentra regulado por el numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, disposición legal que como ya se expuso, ordenó la aplicación del sistema de cesantías anualizado a **los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990** y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad de esa fecha.

Por tanto, es indudable que la demandante al ser vinculada como municipal, y haber tomado posesión del cargo el 4 de enero de 1995, no tiene derecho a que sus cesantías sean liquidadas en forma retroactiva. Las mismas deben ser liquidadas anualmente, reconociéndole de igual manera un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año.

En igual sentido se pronunció ésta Corporación en sentencia del 25 de julio de 2017 con ponencia del Dr. Fabio Iván Afanador García Rad. 15001333300320140054O1, en un asunto de contornos similares al aquí estudiado, en la cual indicó:

> *"(...) Conforme a lo expuesto, para la época en que inició la relación laboral de la demandante, ya había entrado a regir la Ley 91 de 1989, por lo cual, le eran aplicables sus disposiciones en materia de régimen de cesantías.*
>
> *Considerando la norma anterior, se resalta que para que un docente con vinculación territorial sea beneficiario del régimen de retroactividad, éstos debían encontrarse vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 y ser*

cancelados exclusivamente con recursos propios, por su parte, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.

De ésta forma, se tiene que la docente Blanca Cecilia Sepúlveda León, fue nombrada con posterioridad al 1° de enero de 1990, lo que implica que el régimen de cesantías aplicable es el régimen de anualidad y no el de retroactividad (...)".

Ahora bien, frente a lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, debe aclarase que de la simple lectura de la norma se entiende que no le es aplicable a los docentes cobijados por la Ley 91 de 1989, pues dicha regla establece que:

*"ARTICULO 13. **Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989**, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo."

(Destacado por la Sala)

Así mismo, y teniendo en cuenta que la demandante está vinculada como docente desde enero de 1995, no le puede ser tenido en cuenta para el cálculo del monto de sus cesantías el Decreto 1582 de 1998, toda vez que dicho Estatuto es Reglamentario de la Ley 344 de 1996, pero únicamente respecto de los empleados públicos del nivel territorial.

Adicionalmente a lo ya dicho es de precisar que para el caso de los docentes, resulta aplicable el régimen de cesantía anualizada, **sin importar la clase de vinculación, siempre y cuando hubieran ingresado al servicio de la docencia a partir del 1° de enero de 1990,** según lo dispuso la Ley 91 de 1989, disposición que no se afectó con lo previsto en la Ley 344 de 1996, habida cuenta que su artículo 13 respetó el régimen especial aplicable a los docentes.

De otro lado, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 60 de 1993, el cual previó:

"Ley 60 de 1993 Artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. ***El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.***

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos."

(Destaca la Sala).

Según la anterior disposición, los docentes con vinculación departamental, distrital y municipal debían ser incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio respetando el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

No obstante, en lo que hace referencia al tema de **cesantías, a todos los docentes, incluso aquellos que ostenten vinculación territorial con posterioridad al 1º de enero de 1990**, por mandato del numeral 3º literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se les debe aplicar el régimen anualizado.

Entonces, aunque su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fuera forzosa, no contaban con un régimen de retroactividad que les fuera aplicable por normas de orden territorial y que debiera ser respetado como derecho adquirido, por la sencilla razón que no lo habían adquirido al ser vinculados después del 31 de diciembre de 1989, supuesto por el cual tampoco se puede considerar transgredido el artículo 5º del Decreto 196 de 1995[4], que reglamentó el artículo 6º de la ley 91 de 1989 –

[4] Prevé el citado artículo *5º.- Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de*

se insiste - la demandante no ostenta derechos adquiridos del sistema retroactivo de cesantías del régimen territorial.

Finalmente, se observa que la parte actora cita como soporte de su alzada, la sentencia de 10 de febrero de 2011, emitida por el Consejo de Estado dentro del expediente con radicado No. 52001-23-31-000-2006-01365-01 (0088-01).

Frente a este punto basta con señalar que en dicha providencia se estudió el caso de una docente **del régimen territorial vinculada con anterioridad al 31 de diciembre de 1989**, por manera que la misma no es aplicable al sub exámine en la medida en que la demandante de este proceso, ingresó al servicio púbico educativo el **5 de enero de 1995** (fecha en la cual tomó posesión del cargo).

En la sentencia en cita, la alta Corporación indicó:

> *"...**docente del régimen territorial, vinculada desde 1981 al Municipio de Leiva (antes del 30 de diciembre de 1996),** sus cesantías deberán liquidarse con retroactividad, pues así lo establecen el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, según el cual el personal docente de vinculación territorial (distrital, departamental o municipal) será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **y se les respetará el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial.**"*
>
> (Destacado por la Sala)

Ahora bien, cuando en la aludida providencia se indica *"antes del 30 de diciembre de 1996"* se está refiriendo es a **los docentes territoriales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, que tenían un régimen territorial retroactivo de cesantías que debía respetarse[5]. Por esta razón, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, norma que fijó un nuevo régimen de

---

vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renuncias o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.

[5] *Ley 344 de 1996 "Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones" "Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías: a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral; b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo". (Subrayas de la Sala)*

liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir del año 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos sin importar su nivel, esto es, nacional, departamental, municipal o distrital estableciera, claramente, que ella se aplicaba **sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989**.

Nótese como la sentencia que cita la demandante, alude a la condición de docente cofinanciado pero para hacer énfasis en que estos son territoriales y que, por esta razón, la demandante en ese caso **al ser vinculada antes del 31 de diciembre de 1989**, tenía derecho a conservar el régimen retroactivo de cesantías previsto para los empleados docentes cofinanciados.

Este asunto es diametralmente diferente al que nos ocupa. Ello si se tiene en cuenta que la demandante fue nombrada como docente al servicio del Municipio de Chiquinquirá y si bien es docente cofinanciada, tomó posesión de su cargo el 1º de marzo de 1994, como en forma insistente se ha dicho. En términos similares se ha pronunciado está Corporación[6].

Adicionalmente, es de precisar que la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo, en un asunto de similares contornos al que nos ocupa señaló que:

> *"...Al quedar establecido que **la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995**, esto es, **con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989** (1º de enero de 1990), **el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo** sino que, conforme señala la norma en mención, "se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad."*[7]
>
> (Destacado de la Sala)

En otra oportunidad, la misma corporación sostuvo:

> *"En consecuencia, a partir de la expedición de la Ley 91 de 1989, se diferenciaron claramente los regímenes aplicables tanto a los docentes nacionalizados como a los nacionales.*
>
> *Así, para los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 que es el caso de la demandante, se mantuvo el régimen prestacional de que venían gozando en cada entidad territorial*

---

[6] Ver entre otras sentencias las siguientes: (i) 7 de julio de 2016 Expediente: 15001 3333 005 2014 00149 01. MP. Dra Clara Elisa Cifuentes Ortiz; (ii) 28 de septiembre de 2017 Expediente: 15001 3333 001 2016 00032 01. MP. Dra Clara Elisa Cifuentes Ortiz; (iii) 22 de marzo de 2017 Expediente: 15001 3333 007 2013 00223 02. MP. Dr Oscar Alfonso Granados Naranjo; (iv) 28 de septiembre de 2017 Expediente: 15001 3333 013 2014 00132 01. MP. Dr Félix Alberto Rodríguez Riveros.

[7] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 9 de julio de 2009, Rad. Nº 76001-23-31-000-2004-01655-01(0672-07), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Dicho régimen no es otro que aquél al que se hizo alusión en las normas citadas, es decir, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 del mismo año, la Ley 65 de 1946, el Decreto 2567 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, normas que en su conjunto, establecen el derecho de los trabajadores oficiales a percibir el auxilio de cesantía correspondiente a un mes de salario por cada año de trabajo continuo o discontinuo y señalan los casos en que a pesar de existir suspensión de la relación laboral, por presentarse ciertas situaciones administrativas, no debe entenderse como solución de continuidad para efecto del pago referido.

Lo anterior quiere decir, que en tanto el vínculo que une al trabajador con la administración sea permanente, se genera el derecho y subsiste hasta tanto se presente el rompimiento de la relación por el retiro definitivo del servicio.

Con fundamento en lo anterior, es claro para la Sala que, contrario a lo afirmado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales en el recurso de apelación, la actora se vinculó en el año de 1962, fecha desde la cual no tuvo ninguna interrupción en su vinculación laboral, de un lado, y de otro que el régimen que la cobijaba, por haber ingresado al servicio de la docencia, antes de la vigencia de la Ley 91 de 1989, no es otro que el retroactivo."[8]

(Destacado por la Sala)

Recapitulando, dirá la Sala que no se demostró a lo largo del presente trámite, que el acto administrativo atacado adolezca de vicio alguno que conlleve a su declaratoria de nulidad.

Por el contrario, logró establecerse que el reconocimiento de las cesantías de la demandante se realizó de conformidad con las normas aplicables, por consiguiente, **las cesantías parciales de la actora deben liquidarse acorde al sistema anualizado y no al régimen retroactivo, ya que su vinculación al servicio público de la educación tuvo lugar con posterioridad al 1° de enero de 1990, fecha a partir de la cual la Ley 91 de 1989 dispuso que las cesantías de todos los docentes oficiales que ingresaran a laborar, serían calculadas anualmente.**

Por las anteriores razones, la Sala procederá a confirmar la sentencia recurrida.

7. COSTAS

En cuanto a las costas en segunda instancia, es preciso decir que no hay lugar a condenar a la recurrente, dado que en el presente asunto no se configura ninguna de las reglas fijadas en el artículo 365 del C.G.P., puesto que si bien, el recurso de apelación interpuesto fue resuelto

[8] Consejo de Estado, sentencia de 9 de febrero de 2012, Rad. N° 52001-23-31-000-2006-01833-01(0698-10), C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

desfavorablemente, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, por lo que no se encuentra demostrado que hayan incurrido en gastos adicionales.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Nº 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida en audiencia inicial del 21 de marzo de 2017, por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Demandante: Celmira del Carmen Poveda Rodríguez
Demandado: Nación-Ministerio de Educación- FOMAG.
Expediente: 15001-3333-013-2014-000168-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 11 de hoy 12 SET 2019
EL SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 2 4 JUN 2019

Demandante	Myriam Leguizamón Roa
Demandado	La Nación- Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente	15001-3333-013-2014-00169-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Apelación de Sentencia –Reconocimiento y pago de cesantía retroactiva

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante (fls. 105-108) contra la sentencia proferida en audiencia inicial del 21 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Trece Administrativo de Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda (fls. 99-101).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 a 10)

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora MYRIAM LEGUIZAMÓN ROA, presentó demanda en contra de LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el objeto de que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 000414 del 4 de febrero de 2014, por medio de la cual se reconoció la cesantía parcial a la demandante.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene el reconocimiento, liquidación y pago a la demandante de la cesantía parcial de manera retroactiva y no anualizada.

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

La demandante fue nombrada en propiedad en el Municipio de San Eduardo mediante Decreto 028 del 9 de mayo de 1996, para desempeñarse como docente, cargo en el cual tomó posesión el 10 de mayo de 1996.

Con ocasión de la expedición del decreto 196 de 1995, la docente fue incorporada a la planta global de cargos del departamento de Boyacá, entidad que ha liquidado y pagado las cesantías de manera anual.

A través de la resolución No 000414 de 4 de febrero de 2014, se le reconoció a la actora el pago de una cesantía parcial, decisión contra la que no se interpuso recurso de reposición.

Se indicó que a efectos de la liquidación de las cesantías, se deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año 2013 (año en que realizó la solicitud de la cesantía), aunado que se debe reconocer y pagar dicha cesantía de manera retroactiva, como lo ordena la ley 91 de 1989 y la ley 6ª de 1945.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

La demandante considera que con el acto administrativo demandado se vulneraron las siguientes normas: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículos 3, 10 y 11 del CPACA; artículo 1 de la ley 91 de 1989, articulo 176 de 115 de 1994, reglamentados por los decretos 196 de 1995 y decreto 1582 de 1998.

2. LA CONTESTACIÓN

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el personal docente vinculado a partir del 1º de enero de 1990 se les reconocerán las cesantías conforme a lo preceptuado por la ley 91 de 1989, es decir anual sin retroactividad, respecto a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 continúan con retroactividad.

Que dada la descentralización del sector educativo, en virtud de la ley 60 de 1993 y posteriormente de la ley 715 de 2001, el Ministerio perdió la facultad de ser nominador, facultad que le fue trasladada a las entidades territoriales, correspondiendo la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los gobernadores y alcaldes respectivos, razón por la cual, el ministerio no tiene dentro sus funciones y competencias el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

3. LA PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado Trece Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, puso término a la instancia con sentencia proferida en audiencia inicial del 21 de febrero de 2017, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda (fls. 99-101).

Luego de efectuar una síntesis de los antecedentes del caso y fijar los problemas jurídicos, pasó a estudiar la clasificación de los docentes en nacionalizados, nacionales y territoriales, así como el auxilio de cesantías y el régimen que se aplica a los docentes.

Al referirse al caso concreto señaló que se encuentra establecido que la demandante fue nombrada como docente en propiedad por el alcalde del Municipio de San Eduardo, mediante decreto del 025 de mayo de 1996, como profesora de primaria en la concentración escolar Antonio Nariño, tomando posesión del cargo el 10 de mayo de 1996.

Así entonces, destacó que no es posible acceder a lo pretendido por la demandante, pues su posesión se hizo con posterioridad al 31 de diciembre de 1989 y después de la entrada en vigencia de dicha norma.

Precisando que el reconocimiento y pago de las cesantías de la actora se encuentra regulado por el numeral 3º del artículo 15 de la ley 91 de 1989, que ordena la liquidación de las cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 01 de enero de 1990 de forma anualizada, de tal manera que así la docente está vinculada en calidad de docente municipal, es decir, con recursos propios del ente territorial, por su fecha de incorporación al sector educativo se encuentra cobijada por el sistema de cesantías anualizadas.

Ello por cuanto la ley 91 de 1989, previó un régimen transitorio que reguló la situación de los docentes en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la ley 43 de 1975, que implicaba la existencia de docentes vinculados por la Nación y docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial serian nacionalizados, así las cosas los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en normas vigentes de la entidad territorial y a los docentes nacionales y a los que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicaría un sistema de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Finalmente, estimó que así la demandante esté vinculada en calidad de docente del ente territorial con recursos propios del mismo, por su fecha de incorporación al sistema educativo, se encuentra cobijada por el sistema de cesantías anualizado. Destacó al efecto, pronunciamientos de este Tribunal.

Por otro lado, dispuso la condena en costas a la parte demandante, por haber sido vencida en el proceso.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad para ello, la parte demandante interpuso recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque la decisión y en su lugar se concedan en su totalidad las pretensiones de la demanda (fls. 105-108).

Señaló que debido a la vinculación territorial de la docente demandante, su afiliación al Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, se produjo en virtud de los dispuesto en la ley 60 de 1993, debiendo respetarse en su caso el régimen prestacional que traía de la entidad a la que estaba vinculada, esto es, el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial, artículos 17 de la ley 6ª de 1945, artículo 1º de la ley 65 de 1945 y artículo 6º del decreto 1160 de 1947.

En consecuencia, de la confrontación directa entre el acto administrativo acusado, que liquidó la cesantías de forma anualizada y la normatividad aplicable al caso objeto de estudio, el mismo no se ajusta el ordenamiento jurídico, debiéndose liquidar la cesantía definitiva de la demandante en forma retroactiva, respetando el régimen vigente en la respectiva entidad.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal indicada, la entidad accionada se pronunció al respecto, no obstante de la lectura del escrito (folio 128-133), se advierte que las manifestaciones allí esgrimidas corresponden un tema diferente al objeto del proceso, pues se hace alusión a la negativa de la entidad frente a la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la prima de servicios como factor base de liquidación.

Razón por la cual no es posible tener en cuenta las alegaciones presentadas por la entidad accionada en esta instancia.

Por otro lado, la parte actora guardó silencio.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego del análisis de las normas jurídicas aplicables concluyó que i) el régimen retroactivo, corresponde a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y ii) régimen de reliquidación anual, sin retroactividad, y con pago de intereses, para los docentes que se vincularon a partir del 1º de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados) y para

los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990.

Frente al caso concreto y de conformidad con el material probatorio que integra el expediente, advirtió que la parte actora se encuentra dentro del supuesto de hecho contemplado en el literal B del numeral 3º del artículo 15 de la ley 91 de 1989, esto es, que se encuentra sometido al régimen de cesantías de liquidación anual, sin retroactividad y con reconocimiento de intereses, pues es un docente vinculado después del 1º de enero de 1990, esto es, el 10 de mayo de 1996.

En tal razón, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En razón al recurso de alzada interpuesto por la parte demandante contra la decisión de primera instancia, corresponde a esta Sala establecer si la señora MYRIAM LEGUIZAMON ROA, tiene derecho a que se le reconozca y pague las cesantías definitivas con fundamento en el régimen de retroactividad, o por el contrario, con régimen anualizado, debido a la fecha de vinculación al servicio público educativo.

2. TESIS DEL CASO SUB EXÁMINE

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

2.1. Tesis argumentativa propuesta por el *a quo*

Su decisión se encaminó a negar las pretensiones de la demanda, toda vez que encontró que la demandante se vinculó como docente el 10 de mayo de 1996, luego, le es aplicable el régimen salarial y prestacional vigente al momento de su ingreso al servicio, esto es, la Ley 91 de 1989, es decir, el régimen anualizado.

2.2. Tesis argumentativa propuesta por el apelante

Señaló que debido a la vinculación territorial de la docente demandante, su afiliación al Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, se produjo en virtud de los dispuesto en la ley 60 de 1993, debiendo respetarse en su caso el régimen prestacional que traía de la entidad a la que estaba

vinculada, esto es, el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial, artículos 17 de la ley 6ª de 1945, artículo 1º de la ley 65 de 1945 y artículo 6º del decreto 1160 de 1947.

2.3. Tesis de la Sala

Se procederá a confirmar la sentencia recurrida, toda vez que las cesantías parciales de la demandante fueron reconocidas en debida forma por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que su vinculación fue posterior al 1º de enero de 1990, fecha a partir de la cual, a todos los docentes que se vincularan al servicio educativo oficial les será aplicable el sistema anualizado de cesantías.

Dirá la Sala, que para el asunto *sub examine,* es aplicable el régimen de cesantía anualizada, por ser la demandante del ramo docente y haber ingresado al servicio en el año 1996, sin que se tenga en cuenta la clase de vinculación, según lo dispuso en el numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, disposición que no se afectó con lo previsto en la Ley 344 de 1996, habida cuenta que su artículo 13 respetó el régimen especial aplicable a los docentes.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: ***i)*** Docentes Nacionales, Nacionalizados y Territoriales, ***ii)*** Régimen de cesantías de los docentes, y, ***iv)*** El caso concreto.

3. DOCENTES NACIONALES, NACIONALIZADOS Y TERRITORIALES

Para dar solución al problema jurídico planteado es necesario establecer de acuerdo al tipo de vinculación, qué docentes ostentan la calidad de nacionales, nacionalizados o territoriales. Para tal efecto es forzoso traer a colación lo reglado en la Ley 91 de 1989, en la cual, el legislador definió:

> *"Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*
>
> *Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
>
> *Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
>
> *Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975..."*

A su vez, el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, a la letra reza:

> *"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."*

De modo que, la norma define con total claridad las condiciones de vinculación que debe cumplir un docente para ser catalogado como nacional, nacionalizado o territorial, **situación que determina en gran medida el régimen de liquidación de cesantías correspondiente a cada educador**, toda vez que la citada ley 91 en su artículo 4° delimitó la competencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

Es importante recordar que con la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, el distrito especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías y se definió como un servicio público a cargo de la Nación, proceso efectuado de manera gradual iniciando el 1º de enero de 1976 y culminando en 1980.

Finalizado éste, el personal docente y administrativo incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo estatal, adquirió el carácter de empleado público del orden nacional; sin embargo, posteriormente, en vigencia de la Constitución de 1991 con la Ley 60 de 1993 se descentralizó el servicio educativo.[1]

4. RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

A fin de establecer el régimen de cesantías de los educadores de acuerdo a su tipo de vinculación, es necesario remitirse nuevamente a la Ley 91 de 1989, estatuto que en el numeral 3 del artículo 15, reguló el tema de la siguiente manera:

> *"Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad* ***al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones****:*
>
> *(...)*
>
> *3 Cesantías:*
>
> *A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario*

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", sentencia del 22 de junio de 2000, Rad. Nº 2630-99, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. ***Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año****, liquidadas anualmente y sin retroactividad,* *equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."*

Respecto a la norma en cita, el Consejo de Estado se manifestó de la siguiente manera:

"De manera particular, en lo que a las ***cesantías*** *hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia,* ***para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989,*** *dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año.* ***Y para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,*** *equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.*

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de

> ***diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses***".[2]
>
> (Destacado por la Sala)

De otro lado, esta corporación, en asunto de similares contornos al que nos ocupa, señaló:

> "*Considera la Sala que el régimen de cesantías se define en este caso, teniendo en cuenta la norma vigente al momento de ingreso al servicio, así:* ***retroactivo*** *para quienes se encontraban vinculados en condición de nacionalizados hasta 31 de diciembre de 1989, y* ***anualizado*** *con intereses para los docentes nacionales* ***y para quienes ingresaron o ingresen a trabajar como docentes a partir de 1990****, cualquiera que sea el tipo de vinculación, argumentos suficientes para concluir que no se puede reconocer el derecho reclamado, toda vez que la demandante ingreso a trabajar el 1º de febrero de 1990* "[3].
>
> (Destacado por la Sala).

Así las cosas, se tiene entonces que **únicamente los docentes nacionalizados que comenzaron a laborar antes de 31 de diciembre de 1989, conservaron el régimen retroactivo de cesantías, toda vez que los nacionales y los incorporados al servicio educativo a partir de enero de 1990 -independientemente de su tipo de vinculación-, se les aplica el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.**

5. LOS ELEMENTOS PROBATORIOS

Dentro del caudal probatorio, se observan las siguientes pruebas que constituyen piezas importantes en la resolución del asunto:

- Copia del Decreto Nº 028 del 09 de mayo de 1996, expedida por el alcalde municipal de San Eduardo, por medio del cual se nombró a la señora Myriam Leguizamon Roa como docente de primaría en la concentración escolar Antonio Nariño, debido a la creación de la plaza educativa (fls. 21).

- Copia del acta de posesión de la señora Myriam Leguizamon Roa como docente municipal, en propiedad, con fecha 10 de mayo de 1996 (fl. 22).

---

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 25 de marzo de 2010, Rad. Nº 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[3] Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5, sentencia del 7 de mayo de 2015, Rad. No. 15001233300020130044 8-00, M.P. Dr. Israel Soler Pedroza.

- Copia de la Resolución Nº 000414 del 04 de febrero de 2014 proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por la cual se reconoció a favor de la demandante, la suma de $24.266.366 por concepto de liquidación parcial de cesantías correspondiente al tiempo de servicios prestado como docente municipal con recursos propios (fls.12-15).

- A folios 18 a 20, reposa copia del certificado de tiempo de servicios de la actora, del que se desprende, igualmente, su vinculación en la Institución educativa Antonio Nariño desde el 09 de mayo de 1996.

6. CASO CONCRETO

Tal como se indicó al momento de fijar el litigio, corresponde a la Sala en el presente asunto establecer si la demandante MYRIAM LEGUIZAMON ROA cumple con los requisitos legales para que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le pague sus cesantías aplicando el sistema retroactivo y no el régimen anualizado como se hizo en el acto acusado.

Dentro de las presentes diligencias se encontró probado que la demandante fue nombrada en propiedad para desempeñar el cargo de docente en la Concentración Escolar Antonio Nariño, para el área de Educación Religiosa, cargo en el cual **tomo posesión el 10 de mayo de 1996** (fl. 22).

Así las cosas, es evidente que el reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante se encuentra regulado por el numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, disposición legal que como ya se expuso, ordenó la aplicación del sistema de cesantías anualizado a **los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990** y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad de esa fecha.

Por tanto, es indudable que la demandante al ser vinculada como municipal, y haber tomado posesión del cargo el **10 de mayo de 1996**, no tiene derecho a que sus cesantías sean liquidadas en forma retroactiva. Las mismas deben ser liquidadas anualmente, reconociéndole de igual manera un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año.

En igual sentido se pronunció ésta Corporación en sentencia del 25 de julio de 2017 con ponencia del Dr. Fabio Iván Afanador García Rad. 15001333300320140054O1, en un asunto de contornos similares al aquí estudiado, en la cual indicó:

> *"(...) Conforme a lo expuesto, para la época en que inició la relación laboral de la demandante, ya había entrado a regir la Ley 91 de 1989, por lo cual, le eran aplicables sus disposiciones en materia de régimen de cesantías.*
>
> *Considerando la norma anterior, se resalta que para que un docente con vinculación territorial sea beneficiario del régimen de retroactividad, éstos debían encontrarse vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 y ser cancelados exclusivamente con recursos propios, por su parte, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.*
>
> *De ésta forma, se tiene que la docente Blanca Cecilia Sepúlveda León, fue nombrada con posterioridad al 1° de enero de 1990, lo que implica que el régimen de cesantías aplicable es el régimen de anualidad y no el de retroactividad (...)".*

Ahora bien, frente a lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, debe aclarase que de la simple lectura de la norma se entiende que no le es aplicable a los docentes cobijados por la Ley 91 de 1989, pues dicha regla establece que:

> *"ARTICULO 13. **Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989**, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*
>
> *a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
>
> *b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo."*
>
> (Destacado por la Sala)

Así mismo, y teniendo en cuenta que la demandante está vinculada como docente desde mayo de 1996, no le puede ser tenido en cuenta para el cálculo del monto de sus cesantías el Decreto 1582 de 1998, toda vez que dicho Estatuto es Reglamentario de la Ley 344 de 1996, pero únicamente respecto de los empleados públicos del nivel territorial.

Adicionalmente a lo ya dicho, es de precisar que para el caso de los docentes, resulta aplicable el régimen de cesantía anualizada, **sin importar la clase de vinculación, siempre y cuando hubieran ingresado al servicio de la docencia a partir del 1° de enero de 1990,** según lo dispuso la Ley 91 de 1989, disposición que no se afectó con lo previsto en la Ley 344 de 1996, habida cuenta que su artículo 13 respetó el régimen especial aplicable a los docentes.

De otro lado, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 60 de 1993, el cual previó:

> *"Ley 60 de 1993 Artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.*
>
> *Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.*
>
> *Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.*
>
> *El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones.* ***El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.***
>
> *Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos."*
>
> *(Destaca la Sala).*

Según la anterior disposición, los docentes con vinculación departamental, distrital y municipal debían ser incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, respetando el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

No obstante, en lo que hace referencia al tema de **cesantías, a todos los docentes, incluso aquellos que ostenten vinculación territorial con posterioridad al 1º de enero de 1990**, por mandato del numeral 3º literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se les debe aplicar el régimen anualizado.

Entonces, aunque su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fuera forzosa, no contaban con un régimen de retroactividad que les fuera aplicable por normas de orden territorial y que debiera ser respetado como derecho adquirido, tal como se advierte en el recurso de

apelación, por la sencilla razón que no lo habían adquirido al ser vinculados después del 31 de diciembre de 1989, supuesto por el cual tampoco se puede considerar transgredido el artículo 5º del Decreto 196 de 1995[4], que reglamentó el artículo 6º de la ley 91 de 1989 – se insiste - la demandante no ostenta derechos adquiridos del sistema retroactivo de cesantías del régimen territorial.

Finalmente, se observa que la parte actora cita como soporte de su alzada, la sentencia de 10 de febrero de 2011, emitida por el Consejo de Estado dentro del expediente con radicado No. 52001-23-31-000-2006-01365-01 (0088-01).

Frente a este punto basta con señalar que en dicha providencia se estudió el caso de una docente **del régimen territorial vinculada con anterioridad al 31 de diciembre de 1989**, por manera que la misma no es aplicable al sub exámine, en la medida en que la demandante de este proceso, ingresó al servicio púbico educativo el **10 de mayo de 1996** (fecha en la cual tomó posesión del cargo).

En la sentencia en cita, la alta Corporación indicó:

> *"...**docente del régimen territorial, vinculada desde 1981 al Municipio de Leiva (antes del 30 de diciembre de 1996),** sus cesantías deberán liquidarse con retroactividad, pues así lo establecen el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, según el cual el personal docente de vinculación territorial (distrital, departamental o municipal) será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **y se les respetará el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial.**"*
>
> (Destacado por la Sala)

Ahora bien, cuando en la aludida providencia se indica *"antes del 30 de diciembre de 1996"* se está refiriendo es a **los docentes territoriales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, que tenían un régimen territorial retroactivo de cesantías que debía respetarse[5]. Por esta razón, el

---

[4] Prevé el citado artículo *5º.- Docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renuncias o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.*

[5] *Ley 344 de 1996 "Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones" "Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales y lo estipulado en la Ley 91 de*

artículo 13 de la Ley 344 de 1996, norma que fijó un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir del año 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos sin importar su nivel, esto es, nacional, departamental, municipal o distrital estableciera, claramente, que ella se aplicaba **sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989**.

Nótese como la sentencia que cita la demandante, alude a la condición de docente cofinanciado pero para hacer énfasis en que estos son territoriales y que, por esta razón, la demandante en ese caso **al ser vinculada antes del 31 de diciembre de 1989**, tenía derecho a conservar el régimen retroactivo de cesantías previsto para los empleados docentes cofinanciados.

Este asunto es diametralmente diferente al que nos ocupa. Ello si se tiene en cuenta que la demandante fue nombrada como docente al servicio del Municipio de San Eduardo y si bien es docente cofinanciada, tomó posesión de su cargo el 10 de mayo de 1996, como en forma insistente se ha dicho. En términos similares se ha pronunciado está Corporación[6].

Adicionalmente, es de precisar que la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo, en un asunto de similares contornos al que nos ocupa señaló que:

> *"...Al quedar establecido que **la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995**, esto es, **con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989** (1° de enero de 1990), **el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo** sino que, conforme señala la norma en mención, "se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad."*[7]
>
> (Destacado de la Sala)

En otra oportunidad, la misma corporación sostuvo:

1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías: a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral; b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo". (Subrayas de la Sala)

[6] Ver entre otras sentencias las siguientes: (i) 7 de julio de 2016 Expediente: 15001 3333 005 2014 00149 01. MP. Dra Clara Elisa Cifuentes Ortiz; (ii) 28 de septiembre de 2017 Expediente: 15001 3333 001 2016 00032 01. MP. Dra Clara Elisa Cifuentes Ortiz; (iii) 22 de marzo de 2017 Expediente: 15001 3333 007 2013 00223 02. MP. Dr Oscar Alfonso Granados Naranjo; (iv) 28 de septiembre de 2017 Expediente: 15001 3333 013 2014 00132 01. MP. Dr Félix Alberto Rodríguez Riveros.

[7] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 9 de julio de 2009, Rad. N° 76001-23-31-000-2004-01655-01(0672-07), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

"En consecuencia, a partir de la expedición de la Ley 91 de 1989, se diferenciaron claramente los regímenes aplicables tanto a los docentes nacionalizados como a los nacionales.

Así, para los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 que es el caso de la demandante, se mantuvo el régimen prestacional de que venían gozando en cada entidad territorial.

Dicho régimen no es otro que aquél al que se hizo alusión en las normas citadas, es decir, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 del mismo año, la Ley 65 de 1946, el Decreto 2567 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, normas que en su conjunto, establecen el derecho de los trabajadores oficiales a percibir el auxilio de cesantía correspondiente a un mes de salario por cada año de trabajo continuo o discontinuo y señalan los casos en que a pesar de existir suspensión de la relación laboral, por presentarse ciertas situaciones administrativas, no debe entenderse como solución de continuidad para efecto del pago referido.

Lo anterior quiere decir, que en tanto el vínculo que une al trabajador con la administración sea permanente, se genera el derecho y subsiste hasta tanto se presente el rompimiento de la relación por el retiro definitivo del servicio.

Con fundamento en lo anterior, es claro para la Sala que, contrario a lo afirmado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales en el recurso de apelación, la actora se vinculó en el año de 1962, fecha desde la cual no tuvo ninguna interrupción en su vinculación laboral, de un lado, y de otro que el régimen que la cobijaba, por haber ingresado al servicio de la docencia, antes de la vigencia de la Ley 91 de 1989, no es otro que el retroactivo."[8]

(Destacado por la Sala)

Recapitulando, dirá la Sala que no se demostró a lo largo del presente trámite, que el acto administrativo atacado adolezca de vicio alguno que conlleve a su declaratoria de nulidad.

Por el contrario, logró establecerse que el reconocimiento de las cesantías de la demandante se realizó de conformidad con las normas aplicables, por consiguiente, **las cesantías parciales de la actora deben liquidarse acorde al sistema anualizado y no al régimen retroactivo, ya que su vinculación al servicio público de la educación tuvo lugar con posterioridad al 1° de enero de 1990, fecha a partir de la cual la Ley 91 de 1989 dispuso que las cesantías de todos los docentes oficiales que ingresaran a laborar, serían calculadas anualmente.**

Por las anteriores razones, la Sala procederá a confirmar la sentencia recurrida.

---

[8] Consejo de Estado, sentencia de 9 de febrero de 2012, Rad. N° 52001-23-31-000-2006-01833-01(0698-10), C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

7. COSTAS

En cuanto a las costas en segunda instancia, es preciso decir que no hay lugar a condenar a la recurrente, dado que en el presente asunto no se configura ninguna de las reglas fijadas en el artículo 365 del C.G.P., puesto que si bien, el recurso de apelación interpuesto fue resuelto desfavorablemente, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, pues si bien es cierto la entidad se pronunció al respecto, como se indicó en precedencia, las manifestaciones esgrimidas no corresponden al caso objeto de estudio, razón por la cual se tuvieron como no presentadas y en consecuencia, se tendrá que no se incurrió en gastos adicionales.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Nº 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida en audiencia inicial del 21 de febrero de 2017, por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja,

Demandante	Gustavo Moreno Olivero
Demandado	Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares
Expediente	15001-33-33-013-2015-00028-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Asunto	Auto admite recurso de apelación.

De acuerdo al informe secretarial visible a folio 282, se encuentra el expediente al Despacho, a efecto de pronunciarse del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que ésta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (Art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja el día 08 de Junio de 2017 (Fls. 223 a 230), notificada a las partes por correo electrónico. Entre tanto, el escrito de apelación se presentó en oportunidad (Fls 234 a 235,257) y fue debidamente sustentado.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue de carácter condenatorio, a folios 266 – 267 se encuentra la celebración de la audiencia establecida en el inciso 4 art. 192 del CPACA.

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, éste Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto el 22 de junio de 2017, por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia de 08 de

junio de 2017 proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[1] de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[1] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 25 ENE 2018
25 ENE 2018

Accionante	Alfonso López Saganome
Accionado	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
Expediente	150013333-013-2015-00127-01.
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho.

Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación y sin que las partes soliciten pruebas, el Despacho prescindirá de la audiencia de alegatos y juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A.

Conforme con lo anterior, ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público, para que presenten sus alegaciones finales.

Por lo que se dispone:

PRIMERO: CORRER TRASLADO a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión.

SEGUNDO: Vencido el término concedido a las partes, se le dará traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que emita su concepto[1].

TERCERO: Contra esta providencia no procede recurso alguno de conformidad con lo señalado en el 4° del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

[1] Artículo 623 del CGP.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, Hoy 12 siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 2

Demandante	Ana Lucía Mendoza Perilla
Demandado	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales
Expediente	15001-33-33-013-2016-00027-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Admite recurso de apelación contra sentencia

De conformidad con el acta individual de reparto que antecede, y ante el cumplimiento de los requisitos de oportunidad y procedibilidad previstos en los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho dispone:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fls. 193 a 203), contra la sentencia del 21 de septiembre de 2017 proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fls. 180 a 191).

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFICAR por estado a las partes, la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVERTIR a las partes que de conformidad con el artículo 212 del C.P.A.C.A, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, Hoy _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

ACCIONANTE:	DIANA CAROLINA USME ARIAS
ACCIONADOS:	MUNICIPIO DE CÓMBITA Y OTROS
REFERENCIA:	150013333014**201300309**-01
MEDIO DE CONTROL :	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

Conforme lo prevé el artículo 37 de la Ley 472 de 1998, el recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia dentro de la acción popular, 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 y no al traslado de alegatos, lo que significa que existe un vacío en relación con este aspecto el cual debe ser cubierto por la Ley 1437 de 2011, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

Teniendo en cuenta que el artículo 247 numeral 4° del CPACA establece un término de 10 días para alegar de conclusión en segunda instancia, se dispone correr traslado a las partes para que presenten sus alegaciones finales 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 CPACA. Vencida dicha oportunidad se surtirá traslado del expediente al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que, si a bien lo tiene, 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

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE
NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO
Nº 11 DE HOY _____
A LAS 8:00 A.M.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 24 ENE 2018

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante: **Ana Elvia Caro Cadena**
Demandado: **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social**
Expediente : **15001-3333-014-2014-00020-02**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 14 de marzo de 2016, por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución RDP 039140 de 26 de Agosto de 2013, por medio de la cual se le negó la reliquidación de su pensión de jubilación, y de la Resolución RDP 043314 de 19 de septiembre de 2013, por la cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior, confirmándola.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se le reliquide y pague su pensión, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, efectiva a partir del 23 de octubre de 2010, y que se efectúe y pague a su favor la indexación de la primera mesada pensional, con el índice de precios al consumidor, año por año, desde la fecha en que fue retirada del servicio hasta la fecha en que cumplió la edad de pensión.

Así mismo, pidió que sobre las diferencias de las mesadas pensionales adeudadas se le paguen ajustes de valor, conforme el IPC, desde el 23 de octubre de 2010 y hasta cuando se pague su totalidad, tal como lo autoriza el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y el pago de intereses moratorios, conforme lo establece el artículo 192 ibídem.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, adujo violación de la Constitución y la ley como causal de nulidad, por inaplicación de las normas especiales contenidas en las Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978, teniendo en cuenta se encuentra cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y como quiera que para la fecha de expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 tenía más de 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio. Añadió que conforme el criterio unificado del Consejo de Estado las pensiones de los empleados estatales amparados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se deben liquidar con todas las sumas que habitual y periódicamente reciben como retribución del servicio, ello en atención al carácter meramente enunciativo de los factores enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985.

Así mismo, alegó falsa motivación de los actos enjuiciados, por desconocimiento de los fundamentos de hecho y de derecho aplicables al caso, y por la no inclusión en la liquidación pensional de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 6 de marzo de 2014, en el que además se ordenó notificar a la entidad accionada, al agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa del Estado (fls. 71-73).

1. Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda (fls 180-190) en los siguientes términos:

Manifestó que los actos demandados fueron proferidos con sujeción a los parámetros de la Ley de 100 de 1993 aplicables a los beneficiarios del régimen de transición, por lo que la pensión de la demandante fue liquidada respetando los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto del régimen anterior, atendiendo lo ordenado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los factores salariales del Decreto 1158 de 1994. Agregó que de conformidad con el Decreto 1158 de 1994, la entidad procedió a realizar la liquidación de la pensión de jubilación con los factores allí estipulados, ya que los solicitados no se encuentran reconocidos por la ley y no tienen relación directa con el servicio, por lo que no puede concluirse que constituyen salario.

Señaló que de accederse a las pretensiones de la demanda se quebrantaría el principio de solidaridad, según el cual los aportes que realiza el afiliado constituyen los mismos sobre los cuales se debe liquidar la pensión, pues lo contrario implica un desequilibrio del sistema financiero e inseguridad jurídica entre quienes tienen expectativa de pensión.

Solicitó que se dé aplicación al criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, de acuerdo con el cual el monto de las mesadas pensionales corresponde únicamente a los factores salariales efectivamente cotizados, lo cual considera encuentra asidero en los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad del sistema de seguridad social integral.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, y prescripción de mesadas.

2. Audiencia inicial

Mediante proveído de 04 de febrero 2016 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del C.P.A.C.A. (fl. 197).

Evacuadas las etapas previas, en audiencia celebrada el 14 de marzo de 2016 (fls. 199-209), el *a quo* procedió a proferir sentencia, al no advertir causal alguna que invalidara lo actuado.

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante fallo proferido el 14 de marzo de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

Encontró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, lo cual implica que su pensión se regula por las normas anteriores, para el caso, la Ley 33 de 1985, la cual le confiere el beneficio de pensionarse con 55 años de edad, 20 años de servicio y los factores de liquidación de la misma norma, modificada por la Ley 62 de 1985.

Señaló que en virtud del principio de inescindibilidad no se puede aplicar a una misma situación varias disposiciones normativas, de modo que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad, ya que si bien al actor se le respetaron las condiciones de edad y tiempo de servicio, la liquidación de su pensión se hizo de conformidad con lo señalado en la Ley 100 de 1993, siendo que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y en aplicación de los artículos 106 y 256 del C.P.A.C.A. el reconocimiento y pago de la pensión debía hacerse con el 75% del salario promedio del último año de servicio, teniendo en cuenta todos los factores salariales sobre los cuales se hayan o no efectuado aportes.

Respecto de la solicitud de aplicación de las sentencia SU-230 de 2015, señaló que dicha providencia, en la medida en que se trata de una sentencia de revisión de tutela y no de constitucionalidad, no es obligatoria, y que la misma dio un alcance diferente a la sentencia C-258 de 2013, la cual solo se refirió al régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, atinente a las pensiones de magistrados de altas cortes y congresistas. Agregó que acoger la sentencia de unificación de la Corte Constitucional y no el precedente del Consejo de Estado desconoce flagrantemente los principios de favorabilidad, inescindibilidad y progresividad en materia laboral.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La parte demandada sustentó el recurso de apelación (fl. 217-221), reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, acerca de la imposibilidad de incluir en la base de liquidación factores sobre los cuales no se efectuaron aportes para pensión.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4° del artículo 192 del C.P.A.C.A., el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación (fls. 258-259).

En providencia de 03 de Agosto de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 265).

Mediante proveído de 08 de septiembre de 2017, se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo traslado para alegar de conclusión, tal y como lo autoriza el numeral 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A. (fl. 269).

Parte demandante (fls 272-274)

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, respecto del régimen de transición que la cobija y de la aplicabilidad de las normas anteriores de los servidores públicos, como son las leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978. Así mismo, alegó la inaplicabilidad de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, en tanto que la primera se refirió al régimen pensional de los congresistas, mientras que la segunda decidió mantener la interpretación que respecto del IBL del régimen de transición de los trabajadores oficiales ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin hacer alusión a la posición tradicional que al respecto ha sostenido el Consejo de Estado.

Indicó que si bien el precedente fijado por la Corte Constitucional es de obligatorio cumplimiento, cuando se involucran derechos adquiridos a la luz del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia vigente es aquella emitida al momento en que se causó el derecho, para el caso, la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Finalmente, solicitó que, en atención a los principios de equidad, solidaridad y sostenibilidad del sistema pensional, se ordene el descuento de aportes de los factores salariales, pero solo por 5 años y respecto del porcentaje que corresponde al trabajador, es decir, el 25% del valor de los mismos.

Parte demandada (fls. 275-295)

Reiteró lo expuesto en el escrito de la contestación de la demanda. Hizo hincapié en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, respecto del salvamento de voto realizado por el magistrado Gerardo Arenas Monsalve, así como en la sentencia del 12 de julio de 2017 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor William Hernández.

Al respecto, señaló que la sentencia C- 258 de 2013 constituye un imperativo que de ineludible cumplimiento, cuyo fundamento radica en la aplicación de un criterio general, según el cual el monto de las mesadas pensionales corresponde única y exclusivamente a los factores salariales efectivamente cotizados, y que debe ser aplicado a aquellos casos en los cuales se discuta el monto pensional de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, como quiera que lo que se procura es velar por la sostenibilidad y equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social Integral.

Indico que la sentencia de 15 de diciembre de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado ordenó a la Sección Segunda de dicha Corporación proferir una nueva decisión respecto del fallo que confirmo la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó reliquidar el derecho prestacional de la demandante sin atender lo previsto en las sentencias C - 258 de 2013 y la SU-230 de 2015, pues, aun cuando la demanda de reliquidación pensional fue instaurada antes de que se profirieran dichas sentencias, ello no era óbice para no dar aplicación a los precedentes de la Corte, ya que al momento de dictar sentencia el precedente jurisprudencial se encontraba vigente.

Manifestó que si bien la demandante se encuentra amparada por el régimen de transición, habiendo adquirido el derecho a pensionarse con 55 años de edad, 20 años de servicio y el 75% del monto pensional, conforme lo establecido en la Ley 33 de 1985 las demás condiciones y requisitos, tales como el periodo sobre el cual se liquida la pensión y los factores salariales a tener en cuenta en la base de liquidación pensional, no son otros que los dispuestos en el Decreto 1158 de 1994.

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si procede liquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, a quienes, como la demandante, se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Para despejar este interrogante, la Sala considera necesario establecer la posibilidad de liquidarla con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, teniendo en cuenta que no existe controversia respecto de que la actora se encuentra cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993

2. -Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que la demandante se encuentra cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que, por lo mismo, se le deben aplicar los requisitos establecidos en la ley anterior para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, si los dispuestos en la citada disposición, como lo afirma la parte demandada, o al contrario, los establecidos en la norma anterior, como lo expuso la apoderada de la actora.

La Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, señala:

> "Artículo 3: Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."
>
> "Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de

representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."

"En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"

De conformidad con lo anterior, a la demandante le es aplicable la citada ley, toda vez que en virtud del principio de inescindibilidad no se puede para una misma situación fáctica aplicar varias disposiciones normativas.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado:

"(...) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales"[1]

Entonces, para establecer cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en el caso de la demandante, no se puede desconocer lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, la cual estableció la sub-regla que debe observarse para resolver asuntos como el que actualmente se examina, con el propósito de garantizar principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral. Actuando en consonancia con la precitada decisión, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, además que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

[1]Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso. Sección Segunda. Subsección "A" Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 26 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-08992-01(2559-07).

Así las cosas, no obstante ser aplicables al accionante, para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación, las normas establecidas en la precitada ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto que debe atenderse el criterio de unificación en mención, en el que se consideró que la pensión debe liquidarse con base de todos los factores salariales devengados en el último año; luego, para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación periódica, ha de atenderse este criterio en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

Bajo este criterio, estima la jurisprudencia de la cual se viene hablando que, acorde con lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley 1045 de 1978, los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar el monto pensional eran superiores a los enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985, disposiciones que por demás no contienen una lista taxativa de los factores salariales que han de servir de base para establecer el salario plante de liquidación, sino meramente enunciativa, lo que permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador en el último año de servicio, criterio que hace reconocimiento también al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que impone tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral por parte del trabajador.

No sobra advertir que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha ratificado la tesis expuesta, v. gr la sentencia de 26 de agosto de 2010, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159- 01, así mismo, la sentencia del mismo ponente de 3 de febrero de 2011, expedida por la Subsección B, radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Entonces, atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en materia de liquidación pensional para

aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, como en el caso de la accionante, se tendrán en cuenta los factores devengados en el último año de servicio, y no solo aquellos sobre los cuales la accionada liquidó.

En tal sentido, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, que conforme a las certificaciones salariales se encuentren acreditados.

Así las cosas, establecido como quedó líneas atrás que los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la accionante son las Leyes 33 y 62 de 1985, es claro que tiene derecho a que se le incluyan en la liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el último año de prestación del servicio, esto es, entre el 8 de febrero de 2004 y el 7 de febrero de 2005.

De conformidad con la certificación expedida por la ESE Hospital Baudilio Acero de Turmequé (fl. 40), la peticionaria percibió los siguientes factores salariales en el último año de servicios: asignación básica, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, bonificación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, de los cuales la entidad demandada solo tuvo en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de la accionante la asignación básica y la bonificación por servicios (fl. 84 vto.), luego, significa que excluyó el auxilio de transporte, el subsidio de alimentación, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

3. -De la indexación de la primera mesada pensional

El artículo primero de la Constitución Política consagró el principio del Estado Social de Derecho, del cual surgen garantías ligadas al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que prima el derecho irrenunciable a la seguridad social, el cual incluye la actualización periódica de las mesadas pensionales.

Al respecto de la actualización de la primera mesada pensional, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección "A", con ponencia del 8 de agosto de 2011, M.P. Alfonso Vargas Rincón, señaló:

> "De otro lado, al quedar demostrado que el último año de servicio prestado por el actor al Estado, fue entre el 1 de septiembre de 1992 al 31 de octubre de 1993 y los 55 años de edad los cumplió el 24 de diciembre de 2000, fecha a partir de la cual se le reconoció y ordenó el pago de la prestación, evidencia sin dificultad que el poder adquisitivo de la moneda en dicho lapso, se debilitó en forma ostensible, pues el valor del peso en el año de 1993 es diferente al año 2000, es decir, su valor resulta realmente empobrecido por el impacto inflacionario.
>
> Actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicio, es la única forma de impedir que se vea obligado a recibir una pensión de jubilación devaluada, pues es innegable y así lo viene sosteniendo la Sala en reiterados pronunciamientos que en economías inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias, se convierte en un factor de equidad y justicia que permite el pago del valor real de las acreencias."

Así las cosas, teniendo en cuenta que la pensión se debe liquidar con el promedio de lo devengado por la actora en el último año de servicio (8 de febrero de 2004 a 7 de febrero de 2005) (fl. 34), y toda vez que la misma adquirió el estatus pensional a partir del 23 de octubre de 2010 (fl. 84 vto.), se debe actualizar el valor de su primera mesada pensional.

Ahora bien, no pasa por alto la Sala que la indexación de la primera mesada, no obstante haber sido solicitada con la demanda, no fue objeto de análisis por parte del A-quo y no fue alegada vía recurso de apelación por la demandante, circunstancia que a la luz del artículo 287[2] del CGP, restringiría en principio la competencia del superior para adicionar la sentencia.

No obstante lo anterior, dicha condición no puede limitar la facultad del superior jerárquico de manera absoluta, menos, tratándose de garantizar la

[2] Artículo 287. Adición. Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria. (…). (Subrayas fuera de texto).

efectividad de un derecho fundamental, tal como lo ratificó la Corte Constitucional en reciente sentencia de unificación[3], al considerar:

> "...El derecho a la indexación de la primera mesada pensional es fundamental. Este derecho hace parte del desarrollo de los principios constitucionales consagrados en los artículos 1° (Estado Social de Derecho), 13 (igualdad), 46 (protección a la tercera edad), 48 (seguridad social), y 53 (favorabilidad y poder adquisitivo de las pensiones) de la Carta Política. Y se deriva especialmente de la protección constitucional e internacional dada a la seguridad social y al derecho al mínimo vital del que son titulares todos los ciudadanos colombianos [54] . Por lo tanto comparte su carácter de fundamental [55] . (...)"

Así las cosas, atendiendo a la connotación que tiene la indexación de la primera mesada como derecho fundamental, en estrecha sujeción a los derechos a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital y al pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones, entre otros, y dado el carácter universal e irrenunciable de los mismos, se ordenará indexar la primera mesada pensional de la actora.

4. -Descuentos para aportes al sistema de seguridad social en pensiones

En éste aspecto, el Tribunal se permite rectificar la posición adoptada el 24 de agosto de 2015 por la Sala de decisión No. 1 dentro del proceso 1523833333002-2013-07101, M.P. Fabio Iván Afanador García, sentencia acompañada por el ponente en dicho asunto, en la que se sostuvo que el periodo de descuentos a realizarse en materia de aportes corresponde al año de consolidación del derecho.

El cambio de criterio, se debe a varias posturas asumidas por el Consejo de Estado en las que considera que se debe ordenar su descuento sobre el retroactivo de toda la vida laboral, con el fin de proteger el erario público y los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social.

En este punto, es pertinente destacar que las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social constituyen una obligación de carácter parafiscal, dado que son producto de la soberanía fiscal del Estado y gozan de

[3] Sentencia SU 168 de 2017 MP Gloria Stella Ortiz Delagado

una destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible, por lo que la acción para su cobro prescribe a los cinco años conforme al artículo 817 del Estatuto Tributario.

En suma, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones lo es durante toda la vida laboral, dicho mandato se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores.

Es de precisar que, a juicio del Tribunal, la sentencia es constitutiva de la obligación, en tanto antes de que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación, ni el Estado, ni el empleado estaban obligados a aportar por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985; en consecuencia, sólo cuando el demandante pensionado pide la reliquidación pensional con todos los factores y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador.

En tal medida, la Sala modificará en este aspecto la sentencia de primera instancia, precisando que el valor a pagar no podrá superar la condena, atendiendo la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

5. –De las sentencias C-258 de 2013 y SU -230 de 2015

Sobre este punto, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la entidad accionada en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta para el efecto los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Para el caso debatido se dirá que la sentencia de constitucionalidad aplica únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados,

es decir, en concreto y para el caso allí debatido y no en abstracto y en relación a todos (erga omnes) respecto del IBL de las pensiones, conforme se expuso en la sentencia de unificación.

Estos aspectos son suficientes para justificar la inaplicación de la sentencia de unificación, por parte de éste Tribunal, aún más cuando esta Corporación debe acatar la línea jurisprudencial de su superior funcional -**Consejo de Estado**- (precedente vertical), que para el presente caso no es otro que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, tal y como lo ordenan los artículos 10 y 270 del C.P.A.C.A.

6. –Prescripción de las mesadas pensionales

Las mesadas pensionales, por tratarse una prestación de carácter periódico, pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados –art. 164 num 1° lit c) del C.P.A.C.A-, vale decir, no opera la caducidad de la acción; sin embargo, sí hay lugar a la prescripción del derecho a percibirlas. En lo pertinente, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

> "1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
>
> 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".

En consonancia con la norma transcrita, los derechos o prestaciones que no son reconocidos por la entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el sujeto afectado desde el momento a partir del cual se hacen exigibles.

Debe resaltarse que si bien esta Corporación al realizar el estudio de la configuración de cosa juzgada en asuntos de reliquidación pensional, determinó que la prescripción debía contarse desde la ejecutoria de la

sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado que dio solución a ese conflicto, tal postura fue revaluada, unificando el Tribunal su jurisprudencia en el sentido de computar el término de la prescripción, para todos los efectos, en la forma dispuesta por la norma atrás referenciada.

En ese orden de ideas, se tiene:

- Que a la demandante le fue reconocida pensión de vejéz mediante Resolución No. PAP 049130 de 19 de abril de 2011(fls. 84-85).
- Que el 15 de julio de 2013 solicitó la reliquidación de su pensión de vejez (fls.19-21).
- Que la anterior petición le fue negada mediante Resolución No. RDP 039140 de 26 de agosto de 2013 (fls. 24-25), a su vez confirmada por medio de la Resolución RDP 043314 de 19 de septiembre de 2013, por la cual se resolvió un recurso de apelación (fls. 30-32).
- Que se acudió en demanda ante la jurisdicción el 28 de febrero de 2014 (fl. 69).

De conformidad con lo expuesto, para la Sala no hay lugar a decretar la prescripción trienal de las diferencias de las mesadas reconocidas, toda vez que la solicitud de reliquidación fue presentada dos años después de reconocida la pensión de vejez, con lo que no se cumplen los presupuestos que para tal fin prevé el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, de modo que no hay sumas prescritas

7. –De la Sentencia SU-427 de 2016:

De forma reciente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de 2016, en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:

"...6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[4] de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[5].

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario[6], lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...)."

6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...)."[7]

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión..." (Resaltado fuera de texto)

---

[4] *En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."*

[5] *Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub).*

[6] ***Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.***

[7] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[8], enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un abuso del derecho que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "*...Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.*"

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, según el certificado laboral visible a folio 34, la siguiente fue la historia laboral de la demandante en los últimos 10 años de servicio, período que se justifica atender, en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional podría llegar a denotar abuso del derecho:

Periodo	**Cargo**	**Entidad**
29 de diciembre de 1980 a 7 de febrero de 2005	Promotora de salud	ESE Hospital Baudilio Acero de Turmequé

Adicionalmente, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia fueron los que durante los últimos 10 años de su historia laboral devengó la actora, sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos. En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

[8]Ver entre otras, SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

8. -Costas y agencias en derecho

Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas. Ahora, si bien conforme el numeral 3 del artículo 365 de la misma disposición, en la providencia que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda, como quiera que la sentencia será modificada respecto del periodo para aplicar descuentos por aportes y de la actualización de la primera mesada, la Sala se abstendrá de imponer constas en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, de fecha 14 de marzo de 2016, que accedió a las pretensiones de la demanda, excepto el numeral SEXTO que se modifica, y en su lugar se dispone:

> "De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora ANA ELVIA CARO CADENA, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado con destino al Sistema General de Salud y Pensiones, durante los últimos cinco (5) años anteriores a la fecha de adquisición del estatus pensional, por prescripción extintiva, en el porcentaje que correspondía al entonces empleado, mes a mes, y trasladarlos a la entidad a cargo de la pensión, debidamente indexados conforme al IPC."

SEGUNDO. ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido ordenar a la demandada **ACTUALIZAR** a la fecha de causación del derecho pensional (23 de octubre de 2010), el salario base de liquidación devengado por la señora ANA ELVIA CARO CADENA en el último año de servicio.

TERCERO. SIN CONDENA en costas en esta instancia.

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

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

Notifíquese y cúmplase

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 11 de hoy. 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	RODRIGO RAFAEL MEJÍA FONTALVO
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
REFERENCIA:	150013333014-**2015-00116**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 6 de septiembre de 2017 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fls. 164-171 y CD fl. 172).

Para resolver se considera.

1. Oportunidad

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse ante el Juez que dictó la providencia por escrito, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada en los términos del artículo 202 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, en estrados el **6 de septiembre de 2017** (fl. 170vto.), y el recurso fue presentado y sustentado por el apoderado de la parte accionada el **13 de septiembre del 2017** (fls. 173-177), por lo que se entiende oportuno, (los días 9 y 10 de septiembre de 2017, fueron inhábiles).

2. Procedencia

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé:

> *"Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia o por los Jueces administrativos:*
> *(...)".*

Por su parte, el art. 192 inciso 4 del CPACA, establece que:

> *"Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la*

concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en primera instancia y la sentencia recurrida accedió a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, era necesaria la audiencia de conciliación, al tenor de la preceptiva ya indicada.

En la audiencia mencionada, que se llevó a cabo el 20 de noviembre de 2017, por parte del Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, no existió acuerdo conciliatorio entre las partes, por lo que se declaró fallida y se concedió el recurso en la mencionada diligencia (fls. 181-182 y CD fl. 183), razón por la cual, es procedente la admisión del recurso.

Por lo expuesto, se

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 6 de septiembre de 2017, por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** personalmente este auto al Ministerio Público delegado ante esta Corporación de conformidad con el numeral 3° del artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia, las partes podrán pedir pruebas, las cuales sólo se decretarán en los casos previstos en el inciso 4° del artículo 212 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 11 De Hoy _____
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 24 ENE 2018

Medio de Control	:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**Olga Marina Valero de Hernández**
Demandado	:	**Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP**
Expediente	:	**15001-33-33-014-2015-00138-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2016, por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA. La señora Olga Marina Valero de Hernández mediante apoderado judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, para que se acojan las siguientes pretensiones:

2. PRETENSIONES. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. RDP 016007 del 22 de mayo de 2014 por medio de la cual se niega a la actora la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, y la Resolución No. RDP 024307 del 5 de agosto de 2014, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación, confirmando la Resolución No. RDP 016007 del 22 de mayo de 2014.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la señora Olga Marina Valero de Hernández tiene derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, le reconozca y ordene pagar su pensión de jubilación, en cuantía de $2.779.780.71, efectiva a partir del 1 de enero de 2003, fecha de retiro del servicio, así mismo, proceda a liquidar los reajustes pensionales decretados en las Leyes 4 de 1976 y 71 de 1988.

Que se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, a pagar a la actora una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% de los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, es decir, $2.779.780.71 conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según las Leyes 33 y 62 de 1985 y 71 de 1988.

Que se ordene liquidar y pagar a expensas de la UGPP, a favor de la actora, la totalidad de las diferencias entre lo que se ha venido pagando en virtud de la Resolución No. 29331 del 31 de diciembre de 2001, reliquidada mediante la Resolución No. 20724 del 21 de julio de 2005, aclarada mediante Resolución No. 32393 del 18 de octubre de 2005 y reliquidada por medio de la Resolución No. 62485 del 31 de diciembre de 2008 y la sentencia que de fin a este proceso, a partir de la fecha de adquisición de su fecha de retiro hasta el momento de inclusión en la nómina con la totalidad de los factores salariales demandados, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: prima de navidad, bonificación, prima de servicios de junio, prima de servicios de diciembre y prima de vacaciones.

Pide además se condene a la UGPP a pagar a la parte demandante, sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas en virtud de la Resolución No. 29331 del 31 de diciembre de 2001, reliquidada mediante la Resolución No. 20724 del 21 de julio de 2005, aclarada mediante Resolución No. 32393 del 18 de octubre de 2005 y reliquidada por medio de la Resolución No. 62485 del 31 de diciembre de 2008, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al IPC.

Que se ordene a la UGPP, a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA, y pagar a la actora los intereses moratorios a que haya lugar; que se condene en costas a la UGPP en caso de oposición a las pretensiones de la demanda.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que la señora Olga Marina Valero de Hernández, prestó sus servicios como docente en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - UPTC por más de 20 años, y que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad, conforme lo establece el artículo 36, debiéndose respetar todas las garantías y beneficios adquiridos y establecidos en disposiciones anteriores a ésta.

Sostiene que la Caja Nacional de Previsión Social EICE, le reconoció y pagó a la demandante una pensión de jubilación a través de la Resolución No. 29331 del 31 de diciembre de 2001, reliquidada mediante la Resolución No. 20724 del 21 de julio de 2005, aclarada mediante Resolución No. 32393 del 18 de octubre de 2005 y reliquidada por medio de la Resolución No. 62485 del 31 de diciembre de 2008, en cuantía de $2.422.714,56 efectiva a partir del 1 de enero de 2003.

Menciona que mediante oficio radicado en la UGPP, el día 8 de abril de 2014 y el recurso de apelación radicado el 5 de julio de 2014, se solicitó la revisión de la pensión para que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales, interrumpiendo cualquier prescripción conforme al artículo 102 numeral 2° del Decreto 1848 de 1969.

Manifiesta que las sumas reconocidas y pagadas por concepto de mesadas ordenadas por la Resolución No. 29331 del 31 de diciembre de 2001, reliquidada mediante la Resolución No. 20724 del 21 de julio de 2005, aclarada mediante Resolución No. 32393 del 18 de octubre de 2005 y reliquidada por medio de la Resolución No. 62485 del 31 de diciembre de 2008, perdieron el valor adquisitivo con el paso del tiempo, hecho que se generó por una política errada e institucionalizada por la Caja Nacional de Previsión Social EICE hoy UGPP, de exigir una serie de requisitos que la norma no dispone, por lo que es viable la indexación de los valores que se generaron desde el momento de la obtención del status jurídico de pensionada.

Aduce que el reconocimiento pensional hecho por CAJANAL en la Resolución No.29331 del 31 de diciembre de 2001, reliquidada mediante la Resolución No. 20724 del 21 de julio de 2005, aclarada mediante Resolución No. 32393 del 18 de octubre de 2005 y reliquidada por medio de la Resolución No. 62485 del 31 de diciembre de 2008, en cuanto hace al monto de la pensión, solo se tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, y no se tuvieron en cuenta los factores devengados y certificados durante el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro del servicio, como son: prima de navidad, bonificación, prima de servicios de junio, prima de servicios de diciembre y prima de vacaciones.

Menciona que mediante petición del 8 de abril de 2014 y el recurso de apelación radicado el 5 de junio de 2014 se solicitó ante la UGPP, se revisara la pensión reconocida a la actora en Resolución No. 29331 del 31 de diciembre de 2001, reliquidada mediante la Resolución No. 20724 del 21 de julio de 2005, aclarada mediante Resolución No. 32393 del 18 de octubre de 2005 y reliquidada por medio de la Resolución No. 62485 del 31 de diciembre de 2008, así como la indexación de los valores reconocidos por dicho acto administrativo.

Cuenta que la UGPP, debió liquidar la pensión de jubilación conforme lo ordena el régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial, según Ley 33 de 1985, artículo 3, numeral 3; 62 de 1985, artículo 1, numeral 3, y las demás normas concordantes, con los factores devengados desde el 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2002.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 23 de julio de 2015 ante el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

Mediante proveído del 10 de enero de 2015, ese despacho admitió la demanda y además ordenó notificar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P. (fls. 46 a 48 vto.). Solicitó además a la parte demandada allegar el

expediente administrativo contentivo de la actuación objeto del proceso, conforme al parágrafo primero del artículo 175 del CPACA.

La UGPP, hace llamamiento en garantía a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, a fin de que se vincule al proceso (fls. 1 al 7 del cuaderno de llamamiento en garantía), el cual fue rechazado mediante proveído del 7 de abril de 2016 (fls. 9 a 11 del cuaderno de llamamiento en garantía).

1. Contestación de la demanda

La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP contestó la demanda en los siguientes términos:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones al considerar que los actos administrativos demandados fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, aunada a la presunción de legalidad que los ampara.

Sostuvo que al adquirir la demandante el estatus de pensionada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quedó cobijada por ese nuevo régimen general que integró a los servidores públicos, pero que por cumplir con los requisitos establecidos por la misma ley, quedó sujeto a un régimen de transición, el cual le permitiría pensionarse con tres de los beneficios o condiciones del régimen anterior, cuales son, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión.

Precisa que la ley taxativamente enumera los factores salariales; que para el caso concreto a la demandante se le reconocieron los factores salariales que certificó debidamente, y que estuvieran incluidos en el Decreto 1158 de 1994.

Mencionó que al encontrarse la demandante amparada por el régimen de transición, ésta se pensionó con 55 años de edad, 20 años de servicio tal como lo indica la Ley 33 de 1985, con el 75% como monto de la pensión, pero las demás condiciones y requisitos salariales tales como el periodo sobre el cual se liquida la pensión y los factores salariales que se tuvieron en cuenta en la liquidación son los indicados en la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, como se solicita y que

no contempla todos los factores salariales certificados como ítems que integren el ingreso base de cotización.

Que la demandante adquirió el status jurídico de pensionada el día 11 de febrero de 2001, es decir, le faltaba más de un año para adquirir el derecho, por ende no era viable que el IBL se calculara con el promedio de lo devengado en el último año, sino con el promedio de lo devengado en los últimos diez años o el tiempo que le hiciere falta.

Por último solicita la aplicación de la sentencia C-258 de 2013, como quiera que no deben tenerse en cuenta como base de liquidación todos los factores salariales devengados por la accionante, sino sobre aquellos sobre los cuales se realizó aportes.

Presentó como excepciones las denominadas "INEPTA DEMANDA" "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO", "INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES", "PRESCRIPCIÓN DE MESADAS", y "SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES".

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 19 de mayo de 2016 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA (fl. 176 y 176 vto.).

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial y evacuada las etapas de ésta, fue necesario programar audiencia de pruebas la cual se surtió el 26 de octubre de 2016 (fls 196 a 197) y en la misma se ordenó correr traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, y se procedió a emitir decisión de fondo.

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja mediante fallo proferido el 15 de diciembre de 2016, declaró probada la excepción de prescripción, declaró la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. RDP 016007 del 22 de mayo de 2014 y RDP 024307 del 5 de agosto de 2014 mediante

las cuales la UGPP negó la reliquidación de la pensión a la demandante incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

A título de restablecimiento ordenó a la UGPP a reliquidar y pagar la pensión de jubilación a favor de la señora Olga Marina Valero de Hernández, en cuantía de 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, esto es, entre el 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2002, incluyendo en la base de liquidación a más de la asignación básica mensual los siguientes factores salariales: sueldo devengado, bonificación por servicios prestados, gastos de representación, reajuste prima de vacaciones, prima de servicios de junio y diciembre y prima de navidad con efectividad a partir del 1 de enero de 2003.

Indica el a quo que la accionante se encontraba amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia las normas que regulan la pensión de la actora no son otras que las contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Precisa que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permitió que la situación jurídica se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas necesarias para obtener del derecho pensional.

Señala respecto de los factores salariales previstos en la Ley 33 de 1985, que no obstante, la enumeración taxativa por parte de la ley, es importante señalar que el Consejo de Estado por vía jurisprudencial a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado. Exp. N°25000232500020060750901 (0112-2009), precisó que los factores enlistados son únicamente a título enunciativo, por cuanto deben incluirse los que habitual y periódicamente recibe un trabajador, independientemente la denominación que se les dé.

Que es claro 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 198, esta 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 impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, 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 el que se consideró que la pensión debe liquidarse con base en todos los factores salariales devengados en el último año.

Precisa que la demandante para el momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993 (01/04/1994) contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 11 de febrero de 1946, por lo que se encontraba amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia la pensión de jubilación debía ser reconocida por la entidad demandada atendiendo las normas existentes para la materia antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es las Leyes 33 y 62 de 1985, respecto al tiempo de servicios, la edad, el monto de la pensión y los factores salariales a tener en cuenta para la base pensional.

Concluye que la actora tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo en la base de liquidación la totalidad de factores devengados, es decir, los percibidos entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2002; que conforme a las certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Archivo y Correspondencia del Grupo de Tesorería y la Jefe de la Oficina de Secretaría General de la UPTC, de fecha 10 de octubre de 2016, fueron: sueldo devengado, gastos de representación, pago incentivo 2001, reajuste de vacaciones, reajuste prima de vacaciones, reajuste de sueldo, prima de servicios (junio), bonificación por servicios, prima de navidad y prima de servicios (diciembre).

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuestos por el apelante, se contraen en lo fundamental a los siguientes aspectos:

La entidad accionada señala que la demandante laboró para el Estado, hasta alcanzar su status pensional, es decir en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que se regía por un régimen especial que cobijaba a los funcionarios públicos, sin embargo, con la entrada en vigencia, se creó el Sistema General de Seguridad Social, integrándose a los servidores públicos a dicho sistema mediante el Decreto 691 de 1994, en atención a lo dispuesto en el artículo 151 de la citada Ley 100 de 1993.

Que la pensionada quedó cobijada por ese nuevo régimen general que integró a los servidores públicos y que por cumplir con los requisitos establecidos por la Ley 100, quedó sujeta a un régimen de transición previsto en el artículo 36, que le permitiría pensionarse con tres de los beneficios o condiciones del régimen anterior, los cuales son, edad, tiempo de servicios y monto de la pensión.

Señala que se ordenó reliquidar la pensión con la inclusión de los factores además de los reconocidos por la entidad, como la prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones como factores salariales devengados durante el último año de servicios, decisión de la que se aparta, en el entendido que la entidad dio estricto cumplimiento a las normas y jurisprudencia aplicables a reliquidar el derecho pensional de la demandante.

Que teniendo en cuenta que la actora adquirió el status jurídico de pensionada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, le faltaba más de un año para adquirir el derecho, no era viable el ingreso base de liquidación con el cálculo de lo devengado en el último año, sino con el promedio de lo devengado en los últimos diez años o el tiempo que le hiciera falta.

Sostiene que se debe acatar el precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, consistente en que el monto de las mesadas pensionales corresponderá única y exclusivamente a los factores salariales efectivamente cotizados; que el criterio jurisprudencial debe ser aplicado a aquellos casos en los cuales se discuta el monto pensional de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, como quiera que lo que se procura es velar por la sostenibilidad y equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social Integral,

aplicando una regla común sin distinción o excepción alguna, en donde el monto de la pensión corresponderá a lo que efectivamente se aportó al sistema.

Refiere que se debe obedecer el precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, en la que se precisó que el ingreso base de liquidación no fue objeto de transición por parte de la Ley 100 de 1993.

Por último solicita la no condena en costas a cargo de la entidad, como quiera que el Código General del Proceso en el artículo 365 estableció que procede solamente cuando la conducta de la parte vencida ha sido temerario o abusiva; que en el presente proceso no se presentó conducta dilatoria, y como quiera que prosperaron parcialmente las pretensiones, en razón a la prescripción, no habría lugar a condenar en costas a la entidad demandada.

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4° del artículo 192 del CPACA, el a quo concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada (fls. 257 y 258).

Mediante providencia del 14 de julio de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fls. 263 y 263 vto.).

A través de proveído de 1 de septiembre de 2017 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4° del artículo 247 del CPACA (fls. 268 y 268 vto.).

La parte demandada manifiesta que debe sujetarse a lo establecido en la ley para la expedición de actos administrativos, sobre todo tratándose del reconocimiento de un derecho prestacional como el que aquí se expone, de manera que los actos administrativos demandados fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, aplicables a los beneficiarios del régimen de transición, sujeción esta aunada a la presunción de legalidad que los ampara.

Que los factores salariales que la entidad puede y es su obligación incluir en la base de liquidación pensional, no serán otros que los que se encuentran establecidos de manera taxativa en las disposiciones consagradas para tal fin, de manera que se le liquidó en la base de liquidación los factores salariales que certificó debidamente y que se encuentran incluidos en el Decreto 1158 de 1994, sin realizar interpretaciones que no le corresponden a la entidad.

Indica que la demandante adquirió el status de pensionada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de manera que no era viable que el ingreso base de liquidación se calculara con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, sino con el promedio de los últimos diez años, o el tiempo que le hiciere falta; que los factores ordenados por el a quo no tienen una relación directa con el servicio, pues no hay causalidad entre éste y aquellos, por lo que no se puede concluir que constituyan salario, pues no todo emolumento recibido por el trabajador es salario y mucho menos constituye factor salarial.

Precisa que CAJANAL le reconoció una pensión de vejez a la actora conforme a los parámetros señalados en las Leyes 33 de 1985 (edad, tiempo de servicios y porcentaje del monto pensional), por ser el régimen anterior aplicable, pero que para calcular el IBL, tuvo en cuenta los presupuestos normativos establecidos en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Aduce que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, en la medida en que los términos del artículo 36 de la Ley 100, la parte demandante no tendría derecho a la reliquidación del derecho prestacional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, ya que el cálculo de su monto en cuanto al IBL, se debe realizar conforme a las previsiones de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Sobre la condena en costas señala el recurrente, que de conformidad con el numeral 8° del artículo 365, el mismo prevé que en todos los eventos de condena debe realizarse de manera objetiva la condena en costas, salvo que en el expediente aparezcan comprobadas.

Por su parte el Ministerio Público aduce que por ser la accionante beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, no le son aplicables en materia pensional las reglas o preceptivas contenidas en dicha ley, sino que su situación pensional se rige por la legislación que tenía vigencia con anterioridad a la promulgación de la pluricitada Ley 100; que para el caso particular son aplicables las Leyes 33 de 1985 y demás normas concordantes.

Indica que debe realizarse la liquidación de la pensión con base en todos los factores salariales que devengó la actora en el último año de servicios teniendo en cuenta la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado.

Señala que no se pueden extender los efectos de las sentencias C-258 y SU 230 de la Corte Constitucional al caso concreto, pues dichas sentencias tratan de parámetros que solo le son aplicables a regímenes especiales o exceptuados, diferentes a los casos particulares del régimen de transición; que las pensiones reconocidas o derechos adquiridos con anterioridad al 6 de julio de 2015, deben regularse por el régimen jurídico vigente a la fecha en que se consolidó el derecho, que para el caso concreto fue 11 de febrero de 2001, tiempo anterior a la ejecutoria de los fallos referidos anteriormente, por cuanto las nuevas interpretaciones sobre normas jurídicas de derecho laboral no pueden afectar derechos adquiridos de los trabajadores y menos de los pensionados.

La parte actora no presentó escrito de alegaciones finales.

VII. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si procede liquidar la pensión de Jubilación de la señora Olga Marina Valero de Hernández incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año al retiro del servicio.

Para despejar este interrogante, la Sala considera necesario establecer el régimen pensional aplicable a la demandante y la posibilidad de liquidarla con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

3. Del régimen pensional aplicable a la demandante

En este punto es importante reseñar previamente que el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso sobre el particular lo siguiente:

> "Parágrafo transitorio4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".
>
> "Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

De acuerdo con las certificaciones aportadas, la demandante, para la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), ya había completado el número de semanas para pensión, habiendo adquirido el status de pensionada el 11 de febrero de 2001[1], por lo que no se vio perjudicada por el desmote del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y cumple con los requisitos para que su pensión le sea reconocida con el régimen anterior.

Para establecer si la señora Olga Marina Valero de Hernández pertenecía al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, hay que determinar si cumplía los requisitos exigidos por la misma.

[1] Fls. 16 a 18 del cuaderno 1

La señora Olga Marina Valero de Hernández nació el 11 de febrero de 1946 (fl. 130) y se desempeñó como docente adscrita a la Escuela de Enfermería de la Facultad de Ciencias de la Salud, así: nombrada mediante Resolución No. 788 del 29 de noviembre de 1976, a partir del 1 de noviembre del mismo año como docente de tiempo completo; por Resolución No. 231 del 18 de abril de 1978 y a partir de la misma fecha se aceptó la renuncia para separarse del cargo de docente de tiempo completo; prestó sus servicios en la modalidad de contrato desde el 18 de febrero de 1980 al 30 de abril de 1981; nuevamente fue nombrada mediante Resolución No. 420 del 23 de abril de 1981 y a partir del 1 de mayo del mismo año; por Resolución No. 3074 del 31 de octubre de 2002 y a partir del 31 de diciembre del mismo año se aceptó la renuncia para separarse del cargo de docente titular de tiempo completo (fl 141 y documento 20 del expediente administrativo).

Que entre el periodo comprendido entre el 8 de marzo de 1979 al 17 de febrero 1980, según certificación emitida por el suscrito Director Liquidador de la Escuela de Auxiliares de Enfermería de Tunja, la señora Olga Marina Valero de Hernández laboró en la Escuela de Auxiliares de Enfermería de Tunja, como Instructora de tiempo completo, en el tiempo relacionado con anterioridad (fl. 38).

Por lo señalado anteriormente al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), llevaba más de 15 años laborando y tenía más de 40 años de edad.

El régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993, se encuentra contemplado en el artículo 36 y consagra los siguientes supuestos para su aplicación:

> - Servidores que al momento de entrar en vigencia la ley, tengan 35 años o más de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados.
> - Servidores que a la entrada en vigencia de la ley hayan completado los requisitos para obtener pensión.

Ahora bien, teniendo en cuenta la edad y el tiempo de servicios de la demandante al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se observa que su situación encaja perfectamente en los supuestos antes mencionados, razón por la cual debe aplicársele el régimen de transición que esta ley establece para este tipo de trabajadores.

En este orden de ideas, resulta de vital importancia transcribir lo establecido por la Ley 100 de 1993, artículo 36, incisos segundo y tercero, así:

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

Por lo anterior, y de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo, la Sala encuentra que al grupo de servidores que encajan en el primer supuesto y del cual hace parte el causante como ya se dijo, se les confirió el beneficio de pensionarse conforme a la edad exigida en normas anteriores, esto es, 50 años de edad, 20 años de tiempo de servicios y a los factores de liquidación del régimen anterior (Ley 62 de 1985 que modificó la Ley 33 de 1985 en este aspecto).

En este orden de ideas, la Sala encuentra que la señora Olga marina Valero de Hernández se encontraba amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto se le debe aplicar la normatividad anterior a ésta ley, es decir, las Leyes 33 y 62 de 1985.

4. Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que la demandante se encuentra cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que por lo mismo se le deben aplicar los requisitos establecidos en la ley anterior para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, si los dispuestos en la citada como lo afirma la parte demandada, o al contrario, los establecidos en la norma anterior como lo expuso la apoderada de la actora.

En la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, se señala:

> "Artículo 3: Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."
>
> "Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."
>
> "En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"

De conformidad con lo anterior, a la demandante le es aplicable la citada ley, toda vez que en virtud del **principio de inescindibilidad** normativa no se puede para una misma situación fáctica aplicar varias disposiciones normativas.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado:

> "(…) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales"[2]

Entonces, para establecer cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en el caso de la señora Olga Marina Valero de Hernández, no se puede desconocer lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, la cual estableció la sub-regla que debe observarse para resolver asuntos como el que actualmente se examina, con el propósito de garantizar principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral, actuando en consonancia con lo previsto en la decisión precitada, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, además, es válido tener en cuenta todos los

[2]Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso. Sección Segunda. Subsección "A" Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. sentencia del 26 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-08992-01(2559-07).

factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Así las cosas, no obstante ser aplicable a la demandante para efectos de la liquidación de su pensión de vejez las normas establecidas en la precitada ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto, que debe atenderse el criterio de unificación en mención en el que consideró que la pensión debe liquidarse con base de todos los factores salariales devengados en el último año, luego para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación periódica, ha de atenderse este criterio en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

Bajo este criterio, estima la jurisprudencia de la cual se viene hablando, que acorde con lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley 1045 de 1978 los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar el monto pensional eran superiores a los enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, disposiciones que por demás no contienen una lista taxativa de los factores salariales que han de servir de base para establecer el salario plante de liquidación, sino meramente enunciativa, lo que permite incluir otros que también fueron devengados por la trabajadora en el último año de servicio, criterio que hace reconocimiento también al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que impone tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral por parte de la trabajadora.

No sobra advertir que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha ratificado la tesis expuesta en innumerables fallos v. gr la sentencia de 26 de agosto de 2010, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159- 01, asimismo, la sentencia de 3 de febrero de 2011, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Entonces, esta Sala atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en materia de liquidación pensional para aquellos

servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, como en el caso de la demandante, se tendrán en cuenta los factores devengados en el último año de servicios y no aquellos sobre los cuales la accionada liquidó.

En tal sentido procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, que conforme a las certificaciones salariales se encuentren acreditados.

Así las cosas, establecido como quedó líneas atrás que, los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la señora Olga Marina Valero de Hernández son las Leyes 33 y 62 de 1985, para efectos de la reliquidación de su pensión de vejez, es decir, tiene derecho a que se incluyan en la liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el último año de prestación del servicio esto es, **entre el 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2002**, tal como lo precisó el a quo.

De conformidad a la Certificación expedida por la Oficina de Secretaria General y los Grupos de Archivo y Correspondencia y de Tesorería de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - Tunja (fls. 193 y 194 c1), la señora Olga Marina Valero de Hernández percibió los siguientes factores salariales en el último año de servicios: sueldo, gastos de representación, pago incentivo 2001, reajuste vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios y prima de navidad, así pues, la entidad demandada no tuvo en cuenta los factores salariales devengados por la actora en el último año de prestación del servicio.

Ahora bien respecto de las deducciones legales es de señalar que si la demandante no cotizó sobre los factores aquí enlistados, acogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado[3], y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1° numeral 1° de la Ley 33 de 1985, procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena **y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.**

La referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser

[3] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. sentencia del 4 de agosto de 2010. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. exp.: 25000232500020060750901 (0112-2009)

descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional, razón por la cual se advierte a la demandada, que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 33 de 1985, debe hacer las deducciones correspondientes de las sumas de dinero a reconocer, sobre los factores que la señora Olga Marina Valero de Hernández no aportó.

5. Descuentos para aportes al sistema de seguridad social en pensiones

En éste aspecto, el Tribunal se permite rectificar la posición adoptada el 24 de agosto de 2015 por la Sala de decisión No. 1 dentro del proceso 1523833333002-2013-07101 M.P. Fabio Iván Afanador García, sentencia acompañada por el ponente en dicho asunto, en la que se sostuvo que el periodo de descuentos a realizarse en materia de aportes corresponde al año de consolidación del derecho.

El cambio de criterio, se debe a varias posturas asumidas por el Consejo de Estado en las que considera que se debe ordenar su descuento sobre el retroactivo de toda la vida laboral, con el fin de proteger el erario público y los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social.

En este punto, es pertinente destacar que las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social constituyen una obligación de carácter parafiscal, dado que son producto de la soberanía fiscal del Estado y gozan de una destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible, por lo que la acción para su cobro prescribe a los cinco años conforme al artículo 817 del Estatuto Tributario.

En suma, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, lo es durante toda la vida laboral, dicho mandato se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores.

Es de precisar que a juicio del Tribunal la sentencia es constitutiva de la obligación, en tanto antes de que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación, ni el Estado, ni la empleada estaban obligados a aportar por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985, en consecuencia,

sólo cuando la demandante -pensionada pide la reliquidación pensional con todos los factores y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para la empleada como para el empleador.

6. De las sentencias C-258 de 2013 y SU -230 de 2015

Sobre este punto, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la entidad accionada en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta para el efecto los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Para el caso debatido se dirá que la sentencia de constitucionalidad **aplica únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992**, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, es decir, en concreto y para el caso allí debatido y no en abstracto y en relación a todos (erga omnes) respecto del IBL de las pensiones conforme se expuso en la sentencia de unificación.

Estos aspectos son suficientes para justificar la inaplicación de la sentencia de unificación, por parte de éste Tribunal, aún más cuando esta Corporación debe acatar la línea jurisprudencial del superior funcional -Consejo de Estado- (precedente vertical), que para el presente caso no es otro que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, tal y como lo ordenan los artículos 10 y 270 del CPACA.

7. De la Sentencia SU-427 de 2016

De forma reciente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de 2016 en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:

> "...6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[4] de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y **que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación[5].**

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen **ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario[6]**, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, **obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral**, y por el contrario, **representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva** (...)."

6.14. **En dichos eventos**, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, **los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral**, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen **vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos** (...)."[7]

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, **evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión**..." Resaltado fuera de texto

---

[4] En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

[5] Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub).

[6] **Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.**

[7] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub), "si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[8], señala también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un **abuso del derecho** que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "...Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral."

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, según se extrae de la certificado de servicios aportado, la siguiente fue la historia laboral de la señora Olga Marina Valero de Hernández en los últimos años de servicios, período que se justifica atender en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional, podría llegar a denotar abuso del derecho:

Periodo	**Cargo**	**Entidad**
Del 29 de noviembre de 1976 al 18 de abril de 1978.	Docente	Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
Del 8 de marzo de 1979 a 17 de febrero de 1980	Instructora de tiempo completo	Escuela de Auxiliares de Enfermería de Tunja
Del 1 de mayo de 2001 al 31 de diciembre de 2002.	Docente	Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Adicionalmente, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia, fueron los que durante los últimos 10 años de su historia laboral, se devengaron sin que se observen saltos desproporcionados en sus ingresos.

En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

[8]Ver entre otras. SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

8. Prescripción

La demandante se retiró del servicio a partir del 31 de diciembre de 2002. Se le reconoció pensión mensual vitalicia por vejez a partir del 1° de enero de 2001. Presentó solicitud de reliquidación de la pensión el 8 de abril de 2014 y la demanda fue presentada el 23 de julio de 2015, por lo que para el presente caso los periodos anteriores al 8 de abril de 2011 se encuentran prescritos, toda vez que han transcurrido más de tres años desde que se le reconoció a la actora el beneficio pensional hasta cuando elevó petición de reliquidación. Este aspecto será confirmado.

9. Costas y agencias en derecho

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP en virtud a que no prosperó el recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas.

Igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma (1) S.M.M.L.V. ello en virtud con lo dispuesto en el artículo 5° del Acuerdo N° PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja de 15 de diciembre de 2016, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

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

TERCERO. FIJAR como agencias en derecho a cargo de la UGPP, la suma de un (1) S.M.M.L.V.

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

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

Notifíquese y cumplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 11 de hoy 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 25 JUN 2018

Demandante	Nelson Omar Díaz Quintero y otros
Demandado	Municipio de Tunja, PROVISOCIAL S.A.S., PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A. E.S.P.
Expediente	15001-33-33-014-2015-00165-01
Acción	Popular
Tema	Admite recurso de apelación contra sentencia

Ingresa el expediente para resolver la admisión del recurso de apelación presentado por el apoderado del Municipio de Tunja (Fls. 827 a 829), así como la apelación adhesiva formulada por PROVISOCIAL S.A.S., contra la sentencia del 14 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (Fls. 801 a 825).

Conforme lo dispone el artículo 37 de la Ley 472 de 1998, el recurso de apelación contra la sentencia procede en los términos del Código de Procedimiento Civil, norma derogada con la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se adoptó el Código General del Proceso, aplicable a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo desde el 1º de enero de 2014 conforme a auto de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado proferido el 25 de junio de 2014[1].

Así, el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del C. G. P, prevé que cuando se apela una sentencia, el recurso se interpondrá ante el juez de conocimiento en la audiencia en la cual fue pronunciada, o dentro de los (3) tres días siguientes a la notificación de la que fue proferida fuera de audiencia.

Al examinar el expediente, se tiene que el recurso fue interpuesto de manera oportuna, como quiera que la sentencia fue notificada a través del buzón electrónico el 15 de agosto de 2017 (Fl. 826), y el recurso fue interpuesto y sustentado por el apoderado del Municipio de Tunja el 18 de agosto de 2017 (Fls. 827 a 829), motivo que permite admitirlo conforme al inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del C. G. P.

[1] Consejo de Estado, Sala Plena, auto del 25 de junio de 2014, Rad. Nº 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ) Número interno: 49.299, C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

De igual forma encuentra el Despacho que el apoderado de la parte demandada PROVISOCIAL S.A.S., con fecha 14 de diciembre de 2017 (Fls 983 a 919), presentó apelación adhesiva en los términos del parágrafo del artículo 322 del CGP[2], razón por la cual, dicho recurso igualmente será admitido.

Por lo expuesto, el Despacho Nº 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Tunja y el recurso de apelación adhesiva presentada por el apoderado de la parte accionada PROVISOCIAL S.A.S., en contra de la sentencia del 14 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º del C.P.A.C.A.

TERCERO: En firme la presente providencia, regresen las diligencias al despacho para lo que sea del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. ___ Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, Hoy, 1 ___ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[2] *Artículo 322.- El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas: (...). Parágrafo.- La parte que no apeló podrá adherir al recurso de apelación interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. El escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3º de este artículo.*
La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.".

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	ÁNGEL TITO PULIDO RUIZ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE BUENAVISTA
REFERENCIA:	150013333014-**2015-216**-01
MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la ejecutante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 27 de noviembre de 2017 (fls. 205-217), por el Juzgado Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja.

Para resolver se considera:

1. Oportunidad

Teniendo en cuenta que el CPACA no prevé una reglamentación especial para los procesos ejecutivos, se hace necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 306 *ibídem:*

> ***"Artículo 306. Aspectos no regulados.*** *En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo."*

En ese sentido, y en vista de que la norma antes citada remite a lo dispuesto en el CPC, el cual fue derogado por el CGP, es dable atender a las previsiones que en lo pertinente consagra este último:

> ***"Artículo 322. Oportunidad y requisitos.*** *El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:*
>
> *1.* ***El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el curso de una audiencia o diligencia, deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada****. El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos.*

La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.
(...)
Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia**, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, **deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.

*Para la sustentación del recurso **será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.** (...)"* (Resalta el Despacho).

La sentencia recurrida fue notificada en estrados el **27 de noviembre de 2017** (fl. 16 vto); el recurso fue interpuesto y sustentado por la apoderada de la parte ejecutante en la misma diligencia del 27 de noviembre de 2017 (fl. 217 y CD fl. 227,228 Min. 6.06), por lo que se entiende oportunamente propuesto.

2. Procedencia

El artículo 321 del Código General del Proceso, establece que "*son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad*", por lo que el recurso interpuesto por la apoderada de la parte accionante, resulta procedente.

En virtud de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 27 de noviembre de 2017, por el Juzgado Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja, en el proceso iniciado por ÁNGEL TITO PULIDO RUIZ contra el Municipio de Buenavista.

SEGUNDO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia, las partes podrán pedir pruebas, las cuales solo se decretarán en los casos previstos en el artículo 327 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 11 De Hoy ----------
A LAS 8:00 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 25 ENE. 2018

DEMANDANTE:	ORLANDO CARMARGO ALFONSO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
REFERENCIA:	150013333014-**2016-00096**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 20 de septiembre de 2017 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fls. 160-168 y CD fl. 169).

Para resolver se considera.

1. Oportunidad

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse ante el Juez que dictó la providencia por escrito, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada en los términos del artículo 202 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, en estrados el **20 de septiembre de 2017** (fl. 167vto.), y el recurso fue presentado y sustentado por la apoderada de la parte accionada el **3 de octubre del 2017** (fls. 170-175), por lo que se entiende oportuno, (los días 23, 24, 30 de octubre y 1° de noviembre de 2017, fueron inhábiles).

2. Procedencia

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé:

> *"Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia o por los Jueces administrativos:*
> *(...)".*

Por su parte, el art. 192 inciso 4 del CPACA, establece que:

> *"Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a*

audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en primera instancia y la sentencia recurrida accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, era necesaria la audiencia de conciliación, al tenor de la preceptiva ya indicada.

En la audiencia mencionada, que se llevó a cabo el 29 de noviembre de 2017, por parte del Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, no existió acuerdo conciliatorio entre las partes, por lo que se declaró fallida y se concedió el recurso en la mencionada diligencia (fl. 179 y CD fl. 180), razón por la cual, es procedente la admisión del recurso.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 20 de septiembre de 2017 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** personalmente este auto al Ministerio Público delegado ante esta Corporación de conformidad con el numeral 3° del artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia, las partes podrán pedir pruebas, las cuales sólo se decretarán en los casos previstos en el inciso 4° del artículo 212 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO

N ° 11 De Hoy
A LAS 8:00 a.m.

SECRETARIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 25 [illegible]

Demandante	Apuleyo Coy Ávila
Demandado	Administradora Colombiana de Pensiones, Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca
Expediente	15001333301520160002102
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Asunto	Auto admite recurso de apelación.

De acuerdo al informe secretarial visible a folio 1067, se encuentra el expediente al Despacho, a efecto de pronunciarse de los recursos de apelación interpuestos en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que ésta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (Art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja el día 05 de octubre de 2017 (Fls 1023 a 1032), notificada a las partes por correo electrónico. Entre tanto, los escritos de apelación fueron presentados en oportunidad (Fls 1041 a 1043 y 1046 a 1049) y fueron debidamente sustentados.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue de carácter condenatorio, a folio 1064 se encuentra la celebración de la audiencia establecida en el inciso 4 art. 192 del CPACA.

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, éste Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto el 18 de octubre de 2017, por la apoderada de la parte demandada y el 20 de octubre de la misma anualidad por el apoderado de la parte demandante, contra la

sentencia del 05 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[1] de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 14 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial, Hoy, 21 siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[1] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja,

Demandante	Arley Parra Gil
Demandado	Registraduría Nacional del Estado Civil
Expediente	15001-33-33-015-2016-00304-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Admite recurso de apelación contra sentencia

De conformidad con el informe secretarial visible a folio 600 y ante el cumplimiento de los requisitos de oportunidad y procedibilidad previstos en los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho dispone:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fls. 521 a 529), contra la sentencia del 25 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fls. 494 a 514).

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFICAR por estado a las partes, la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVERTIR a las partes que de conformidad con el artículo 212 del C.P.A.C.A, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 14 Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, Hoy, siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 25 [illegible]

Accionante	Miguel Ángel Correa Nomezque
Accionado	Nación – Ministerio de Defensa Ejército Nacional.
Expediente	150013333-015-2016-00315-01.
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho.
Tema	Admite recurso de apelación contra sentencia.

De acuerdo al acta individual de reparto, visible a folio 97, se encuentra el expediente al despacho, a efecto de pronunciarse del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el juzgado quince administrativo del circuito de Tunja, el día 22 de agosto de 2017 (fl. 75-85), notificada a las partes en estrados. Entre tanto, el escrito de apelación se presentó en oportunidad (fl. 88-92) y fue debidamente sustentado.

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto[1] el 04 de septiembre de 2017, por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 22 de agosto de 2017, proferida por el juzgado quince administrativo del circuito de Tunja.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[2] de la Ley 1437 de 2011.

---

[1] Visible a folio 88-92 del expediente.
[2] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy 7 de _____ *siendo las 8:00 A.M.*

_____
Secretaria

(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

RÉPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE CONJUECES

CONJUEZ: CLAUDIA MILENA AGUIRRE CHAPARRO

Tunja, 25 ENE 2018

REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIA CONSUELO GUARIN RUBIO
DEMANDADO: LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
RADICACION: 15001233300020160023400

I. ASUNTO A RESOLVER

Se encuentra el proceso para resolver sobre el impedimento presentado por la Dra. SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO, conjuez ponente del asunto de la referencia y presentado mediante auto de fecha 30 de agosto de 2017 (fl.74)

II. CONSIDERACIONES

Establece el artículo 130 del CPACA, al clasificar las causales respecto de las cuales los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, además de las situaciones expresamente allí contempladas, establece los casos señalados en el art. 150 del CPC[1].

Establece el artículo 141 del Código General del Proceso:

*"**Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN.***

"Son causales de recusación las siguientes:

---

[1] *Norma derogada por la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, aplicable a la jurisdicción contencioso administrativa desde el 1 de enero de 2014 conforme a auto de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado proferido el 25 de junio de 2014, con ponencia del Consejero Doctor Enrique Gil Botero, el expediente con radicación: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ) Número interno: 49.299, Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A, Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social.*

9. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado

Así las cosas, es verdad sabida que los impedimentos y las recusaciones son los mecanismos previstos en el orden jurídico para garantizar el principio de imparcialidad del funcionario judicial, y como quiera que según los precisos alcances de la norma, una de las circunstancias que pueden originar la recusación es tener amistad íntima el Juez con una de las partes del proceso, y, toda vez que mediante documento público que goza de la presunción de veracidad material e ideológica se ha declarado por la Dra. SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO que existe una amistad íntima entre esta y la Dra. MARIA CONSUELO GUARIN RUBIO; se encuentra que es fundado el impedimento presentado.

En aplicación del numeral 3 del artículo 131 de la ley 1437 de 2011, se dispondrá realizar diligencia de sorteo del conjuez que habrá de reemplazar a la Dra. SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO, como ponente en el sub-judice.

Por otra parte, se observa a folio 73 copia del Acuerdo Nº 0031 emitido por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante el cual se acepta la renuncia al cargo de conjuez de la integrante de sala de decisión en el presente asunto, en tal caso, se dispone realizar diligencia de sorteo a efectos de remplazar a la Dra. GLORIA LUCERO SACRISTAN GUACHETA.

Por lo brevemente expuesto el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: Aceptar el impedimento presentado por la Dra SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO, por lo tanto se le separa del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: Realizar diligencia de sorteo a efectos de determinar los conjueces que han de remplazar a las Dras SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO y GLORIA LUCERO SACRISTAN GUACHETA, según los roles que estas tienen en la sala de decisión.

Notifíquese y Cúmplase

CLAUDIA MILENA AGUIRRE CHAPARRO
Conjuez

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

CONJUECES 25 ENE 2018

CONJUEZ PONENTE: CLAUDIA MILENA AGUIRRE CHAPARRO

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GLORIA ELENA RINCON VARGAS
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
RADICACIÓN: 15001 23 33 000 2016 00297 – 00

I. ASUNTO

En virtud del informe secretarial que antecede, y de la foliatura misma, se evidencia que el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación en contra del auto de fecha 10 de noviembre de 2017.

II. CONSIDERACIONES

Por haberse interpuesto dentro del término legal, por ser un asunto susceptible de alzada conforme lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 243 de la ley 1437 de 2011, se concederá el recurso interpuesto en el efecto suspensivo

En mérito de lo expuesto, la suscrita ponente

RESUELVE:

PRIMERO.- Conceder en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en contra del auto de fecha 10 de noviembre de 2017.

SEGUNDO.- Con la mayor brevedad remítase el expediente al Honorable Consejo de Estado, para lo de su cargo.

TERCERO.- Déjese las constancias de rigor en los sistemas de información judicial.

Notifíquese y cúmplase

CLAUDIA MILENA AGUIRRE CHAPARRO

Conjuez Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja,

Accionante	Carmen Enitza Carrillo Correa.
Accionado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.
Expediente	152383339-751-2015-00309-01.
Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho.
Tema	Admite recurso de apelación contra sentencia.

De acuerdo al acta individual de reparto, visible a folio 145, se encuentra el expediente al despacho, a efecto de pronunciarse del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de primera instancia.

Al respecto, se encuentra que esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación presentada (art. 153 del CPACA), pues la providencia fue proferida por el juzgado segundo administrativo del circuito de Duitama, el día 08 de agosto de 2017 (fl. 128-133), notificada a las partes en estrados. Entre tanto, el escrito de apelación se presentó en oportunidad (fl. 136) y fue debidamente sustentado.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue de carácter condenatorio, a folio 140, se encuentra la celebración de la audiencia establecida en el inciso 4 art. 192 del CPACA.

Así entonces, y ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho dispone:

PRIMERO: ADMÍTASE el recurso de apelación interpuesto[1] el 18 de agosto de 2017, por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia del 08 de agosto de 2017, proferida por el juzgado segundo administrativo del circuito de Duitama.

[1] Visible a folio 136 del expediente.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo establecido en el artículo 197 y 198 numeral 3º[2] de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes la presente providencia en los términos del artículo 201 del C.P.A.C.A.

CUARTO: ADVIÉRTASE a las partes que de conformidad con el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, estando dentro del término de ejecutoria de la presente providencia podrán solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. 11 Publicado en el Portar WEB de la Rama Judicial,
Hoy, _____ siendo las 8:00 A.M.

Secretaria

[2] "Art. 198. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:
(...)
3. Al Ministerio Público... se le notificará el **auto admisorio del recurso en segunda** instancia o del..." (Resaltado fuera del texto).

430

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 articulo 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 junto 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 militare; 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 4° 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 legitimas 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 observan 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 inexequible 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.° 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 4°, 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 'asignaciónderetiro'..?***
>
> *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 regularlaspensionesdeinvalidezysobrevivientes.*
> *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 vació 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 3° de la Ley 797 de 2003. El referido Decreto 2070 de 2003 en su integridad, fue declarado inexequible 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.

Ello 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 2[4], 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 suboficales, 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 símiles 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 2° 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 FuerzaPública, 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 pensiona! y/o de asignación de retiro respectivo, tal como lo previó expresamente el artículo 5° de la referida Ley 923:*
>
> ***Artículo 5°.*** *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 Medico Laboral y confirmada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

439

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 CUNDINAMMARCA, 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 Estado[7] 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: 15238333975220150001O-02

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 2

Tunja, 24 ENE 2018

Medio de Control	:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**Jorge Alberto Morales Tamayo**
Demandado	:	**Nación – Ministerio de Defensa y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**
Expediente	:	**15238-33-33-752-2015-00117-01**

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 5 de abril de 2017, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Se concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad de los actos administrativos 2014-29843 de 13 de mayo de 2014 y 2014-80929 de 20 de octubre de 2014 mediante los cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro tomando de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60%.

A título de restablecimiento solicita que la demandada reliquide la asignación de retiro tomando como base la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000. También solicita que se liquide la asignación de retiro de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, es decir, con el 70% de la asignación básica más el 38.5 de la prima de antigüedad, así como la indexación de las sumas adeudadas y el pago de intereses moratorios.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, manifiesta que prestó servicio militar obligatorio como soldado regular, y que una vez terminado ese periodo se incorporó como soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la Ley 131 de 1985, para posteriormente, el 1° de noviembre de 2003 ser promovido a soldado profesional condición que mantuvo hasta su retiro.

Indica que el Decreto 1794 de 2000 fijó como asignación básica para los soldados profesionales el equivalente a un salario mínimo incrementado en un 40%, al tiempo que estableció un régimen de transición para los soldados profesionales que a 31 de diciembre del año 2000 tenían la condición de soldados voluntarios, quienes deberían seguir percibiendo como asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60%.

Narra que previo al cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, mediante Resolución 1027 de 26 de febrero de 2014 le reconoció asignación de retiro, teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 40%.

Afirma que el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 establece en su artículo 16 que la forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, en un 70% del salario mensual adicionado de la prima de antigüedad en un 38.5%.

Señala que el 14 de octubre de 2014 solicitó a la entidad demandada la liquidación de su asignación de retiro tomando como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, y que de manera previa, el 6 de mayo de 2014, pidió que la liquidación de la asignación de retiro se realizara de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, con el 70% de la asignación básica adicionando el 38.5% de la prima de antigüedad, peticiones que le fueron resueltas de manera negativa en los actos administrativos ya enunciados.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, mediante auto de fecha 6 de julio de 2015, en el que además se ordenó notificar a la entidad accionada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público (fl. 37).

1. Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda (fls. 48-51) en los siguientes términos:

Afirma que los actos acusados fueron proferidos con fundamento en las normas constitucionales y legales vigentes, por lo que no hay lugar a declarar su nulidad.

Formula las excepciones de "legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes", "no configuración de violación al derecho a la igualdad", "inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste solicitado 40 – 60", "correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro", "no configuración de falsa motivación en las actuaciones de Cremil", "no configuración de causal de nulidad" y "prescripción de mesadas según reajuste".

Como consecuencia de la creación del circuito judicial administrativo de Sogamoso dispuesto por el Acuerdo PSAA15-10449 de 2015 del Consejo Superior de la Judicatura, el expediente correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo Oral de esa ciudad, que mediante auto de 14 de marzo de 2015 (fl.92) avocó conocimiento del proceso, disponiendo mediante providencia de 25 de julio de 2016 (fls. 100-101) vincular al proceso en calidad de litisconsorte necesario por pasiva a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional, quien una vez notificado procedió a dar contestación a la demanda (fls. 108-116) en los siguientes términos:

Dice oponerse a la prosperidad de las pretensiones por carecer de soporte jurídico y fáctico, pues no existe derecho alguno que esa entidad deba reconocer al demandante, como quiera que no fue la entidad que expidió los actos administrativos y por tanto no fue su decisión negar el derecho pretendido.

Con fundamento en tal posición propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, e inepta demanda por no agotarse el trámite administrativo ante la Nación – Ministerio de Defensa.

2. Audiencia inicial

El día 5 de abril de 2017 se realizó audiencia inicial, en la que como puntos relevantes se resalta que no se encontraron excepciones previas sobre las cuales resolver, se fijó el litigio, y se procedió a proferir sentencia al tratarse de un asunto de puro derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 179 del C.P.A.C.A.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 5 de abril de 2017 en curso de la audiencia inicial, se profiere sentencia en la que se resuelve declarar no probadas las excepciones previas formuladas por las entidades demandadas, declarar la nulidad de los actos administrativos 2014-29843 de 13 de mayo de 2014 y 2014-80929 de 20 de octubre de 2014, se ordena a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional a ajustar la hoja de servicios del demandante señalando que su salario básico al momento de su retiro corresponde a un salario mínimo legal incrementado en un 60%; se condena a la Nación – Ministerio de Defensa – Cremil a reliquidar la asignación de retiro a partir del 15 de abril de 2014 teniendo en cuenta que el salario mensual como suma computable para liquidar, corresponde a un salario mínimo legal vigente al momento del retiro incrementado en un 60%, y que al resultado obtenido de aplicar el equivalente al 70% del salario mensual antes ordenado, se debe sumar el valor correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad.

Se dispuso también que se realicen los descuentos indexados del valor de los aportes al sistema de seguridad social en salud sobre las diferencias salariales reconocidas sobre los últimos cinco años de vida laboral del demandante, y se condenó en costas a la entidad demandada fijando agencias en derecho.

Para llegar a las anteriores conclusiones realizó un estudio de las normas que regulan las situaciones administrativas de los soldados voluntarios y profesionales, concluyendo que los soldados voluntarios que se vincularon de acuerdo a los parámetros fijados por la Ley 131 de 1985 antes del 31 de diciembre del año 2000, y que posteriormente fueron incorporados como soldados profesionales según lo dispuesto por el Decreto 1794 de 2000 conservan el derecho a percibir una asignación básica mensual equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, pues así lo dispuso de manera expresa el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, en protección de los derechos adquiridos, para lo cual hizo referencia también a lo resuelto por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 expediente SUJ2 No. 003/16.

Con lo anterior procedió a analizar el acervo probatorio para determinar la fecha de vinculación del demandante así como los derechos afectados por la prescripción extintiva.

Respecto a la pretensión de establecer el monto de liquidación de la asignación de retito en un 70% del salario mensual adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad, luego de realizar el estudio normativo de la forma en que debe liquidarse la asignación de retiro, concluyó que la entidad demandada había realizado una interpretación equivocada del precepto legal, al sumar a la asignación básica el valor equivalente al 38.5% de la prima de actividad para luego si deducir el 70% que le correspondería como valor de la asignación de retiro, cuando lo correcto es adicionar a ese 70% el porcentaje de la prima de antigüedad.

V. DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil, interpone y sustenta el recurso de alzada (fls. 200-202), con base en los siguientes argumentos:

Señala que no hay duda frente a la interpretación que debe darse al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, según el cual el soldado profesional tiene derecho a que se le pague la asignación de retiro sumando al salario básico un 38.5% de la prima de antigüedad, para lo cual cita una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el que se sustenta tal posición.

Continua exponiendo argumentos sobre la improcedencia de declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, fundados en considerar que lo allí decidido se ajusta a la legalidad y por tanto no se configura causal de nulidad alguna.

Termina afirmando que en materia de lo contencioso administrativo, la condena en costas no se rige por un concepto subjetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, por lo que no basta que la parte sea vencida sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas, y para el caso no realizó actos dilatorios, ni temerarios por lo que no habría lugar a su imposición.

VI. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4° del artículo 192 del C.P.A.C.A., el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto (fl. 216), el cual fue admitido en providencia de 14 de julio de 2017 (fl. 231).

A través de proveído de 18 de agosto de 2017 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo

traslado para alegar de conclusión (fl. 236), oportunidad en la que no se allegó pronunciamiento alguno.

VII. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del C. P. A. C. A., esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Planteamiento del problema jurídico por resolver

Si bien las pretensiones del proceso abordan dos situaciones jurídicas diferentes, de conformidad con lo expuesto en el recurso de apelación y con lo normado por el artículo 328 del C. G. P., corresponde a esta instancia determinar si debe darse el reajuste de la asignación de retiro del actor con la inclusión de la prima de antigüedad liquidada conforme lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en la forma definida por el a quo, esto es, sumando el valor correspondiente a la prima de antigüedad sobre el 70% del salario mensual.

3. Del régimen del soldado profesional

El artículo 2°[1] de la Ley 131 de 1985, estableció que pueden prestar **servicio militar voluntario**, quienes prestaron servicio militar obligatorio manifiesten y sean aceptados por las autoridades militares. Por su parte el artículo 3° de la misma norma, indicó que las personas a que se refiere el artículo anterior, quedarán sujetas a partir de su vinculación como **soldado voluntario**, al estatuto establecido para la justicia penal militar, así como al reglamento disciplinario y al régimen prestacional, entre otros aspectos importantes.

---

[1] ARTICULO 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 militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.
(...)

El artículo 4°[2] de la norma precitada, indica que el prestante en el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual, semejante al salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% del mismo salario; así mismo el artículo 5° preceptúa que el soldado voluntario tiene derecho a percibir una bonificación de navidad semejante a la recibida en el mes de noviembre del mismo año[3].

El Decreto 370 de 1991 reglamentó la ley anterior y en su artículo 3° señaló que la bonificación de navidad referida en el artículo 5° de la Ley 131 de 1985, se cancelará dentro de los 15 primeros días del mes de diciembre[4].

Posteriormente el **Decreto 1793 de 2000**, estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de **Soldados Profesionales** de las Fuerzas Militares y permitió la incorporación de los soldados voluntarios con anterioridad a diciembre 31 de 2000, definiendo la calidad para ello y la funcionalidad de su labor, aunado a que su régimen salarial y prestacional debía reglamentarse por el Gobierno Nacional teniendo como base lo dispuesto por la Ley 4 de 1992.

Es así que se expidió el Decreto 1794 de 2000, el cual reguló el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales estableciendo en el artículo 1° inciso 2° la asignación mensual para los soldados vinculados al 31 de diciembre de 2000 así:

> "**ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL**. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán **un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.**

---

[2] ARTICULO 4°.- **El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario**, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

[3] ARTICULO 5°.- **El soldado voluntario** que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una **bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año**.
Parágrafo. Cuando el soldado voluntario no hubiere servido un año completo, tiene derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo del servicio.

[4] Artículo 3°. La bonificación de Navidad a que se refiere el artículo 5. de la Ley 131 de 1985 se pagará en la proporción allí prevista dentro de los quince (15) primeros días del mes de diciembre del respectivo año.

(...)

> Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, **quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).**" (Subrayado fuera de texto)

Observa la Sala que el inciso segundo de la norma transcrita, otorga un trato salarial preferencial a los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales a 31 de diciembre de 2000, obteniendo un 20% adicional con la correspondiente incidencia en la liquidación de las prestaciones sociales y laborales.

De la misma forma el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, determinó el reconocimiento de la asignación de retiro para soldados profesionales, siempre y cuando reúnan las condiciones allí señaladas. Dice la norma:

> "**Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales**. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, **adicionado** con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

Y los factores a tener en cuenta, son los señalados en el artículo 13 del mismo decreto tal y como se indica en el numeral 13.2. Soldados profesionales, 13.2.1. El salario mensual conforme al Decreto 1794 de 2000 y 13.2.2. el porcentaje de la prima de antigüedad.[5]

---

[5] Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:
(...)
13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto ley 1794 de 2000.
13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.
Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

4. Del caso concreto

En cuanto a que si el mencionado acto administrativo viola el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 13.2.1 de la misma norma, y el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, por errónea interpretación, dado que la tesis del demandante es que primero debe establecerse el 70% del sueldo básico y a éste se le debe sumar el 38.5% de la prima de antigüedad y no como se realizó en su asignación de retiro, se tiene:

Conforme a la hoja de servicios No. 3-7227626 vista a folios 29 y 30 del expediente, el demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional desde el 19 de noviembre de 1991 hasta el 4 de diciembre de 1992 como soldado regular; inició como soldado voluntario el 10 de julio de 1994 hasta el 31 de octubre de 2003, a partir del 1 de noviembre de 2003 continuó como soldado profesional hasta el 15 de enero de 2014, y tres meses de alta del 16 de enero de 2014 al 16 de abril del mismo año.

En razón a lo anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de la Resolución No. 1027 de 26 de febrero de 2014 le reconoció la asignación de retiro a partir del 15 de abril de 2014 al observar en la hoja de servicios que su tiempo era de 20 años, 10 meses y 17 días, tal y como se señala en el acto administrativo (fls. 30-31).

Que para dicho reconocimiento la entidad aplicó el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, así "-En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 3068 de 30 de diciembre de 2013) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000) - Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad", es decir, al efectuar la liquidación de la asignación de retiro, sumó el salario mensual y el 38.5% de la prima de antigüedad y al resultado le contabilizó el 70%, conforme el acto administrativo demandado, así:

AR= Asignación de retiro

SM= Salario mensual

PA= Prima de antigüedad

AR = (SM + (PA*38.5%)) * 70%

La inconformidad de la parte actora es con la interpretación dada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues a su juicio el valor de la prima de antigüedad no debe sumarse con el salario mensual, sino al resultado obtenido de sacar el 70% de dicho salario así: AR= ((SM*70%)+(PA*38.5%)).

Para la Sala le asiste razón al demandante, pues el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, claramente establece que la asignación mensual de retiro equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1.de la misma norma, "**adicionado**" con un 38.5% de la prima de antigüedad, y no como lo interpretó la entidad, de donde entonces resulta evidente que se le causó una afectación a los derechos del demandante. En consecuencia debe liquidarse dicha asignación de retiro bajo los siguientes parámetros: AR= ((SM*70%)+(PA*38.5%)), donde AR=Asignación de retiro. SM= Salario mensual. PA= Prima de antigüedad.

En esas condiciones la Sala confirmará la decisión adoptada por el a quo de declarar la nulidad del acto administrativo acusado y ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizar el reajuste de la asignación de retiro, atendiendo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 aplicando la fórmula AR= (SM*70%)+(PA*38.5%), donde AR es Asignación de retiro, SM es el Salario mensual y PA es la Prima de antigüedad, teniendo en cuenta que el salario mensual corresponda a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Por último, frente a la condena en costas la Sala confirmará la decisión del a quo, pues a más de que le asiste razón para imponerlas, en el presente proceso está comprobada su causación[6].

VIII. COSTAS PROCESALES

En el asunto sub examine no hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho por el hecho de no haber prosperado los argumentos de la apelación, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado en sentencia de 16 de abril de 2015, éstas deben estar acreditadas, y una vez revisado el cuaderno en segunda instancia da cuenta la Sala que no aparece probada su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, "Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.", condición que como ya se dijo no se cumple en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso el 5 de abril de 2017, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

---

[6] Folios 38 y 39

TERCERO. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Ausente con Permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrado

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifico por estado
No. 11 de hoy. 26 ENE 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 2

Tunja, 24 ENE 2018

Medio de control : **Reparación directa**
Demandante : **Olfa María Gaitán Pinto**
Demandado : **Municipio de Duitama y Otro**
Expediente : **15238-33-39-752-2015-00229-01**

Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, contra el auto proferido en audiencia inicial del 28 de septiembre de 2017 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante el cual declaró no probada la excepción de falta de integración del contradictorio.

I. ANTECEDENTES

La presente demanda de reparación directa fué contestada en su oportunidad por los demandados, quienes formularon la excepción denominada falta de integración del contradictorio o "no comprender la demanda todos los litisconsorcio necesarios".

El **municipio de Duitama** a través del apoderado considera que hay lugar a la excepción como quiera que al tratarse este asunto de una diligencia de secuestro y embargo ordenada por un despacho judicial, amerita la comparecencia obligatoria y absoluta de todos, es decir, también de la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho – la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Juzgado Primero Civil Municipal de Duitama, en

tanto que por la injerencia en la producción del acto o en la relación sustancial deben soportar la consecuencias de la sentencia.

Por su parte, la apoderada del **particular demandado** advierte que el cargo de auxiliar de la justicia "secuestre" es un oficio público y por tal razón debe vincularse a la Nación, Consejo Superior de la Judicatura y al Juzgado Primero Civil Municipal de Duitama, en virtud a que fué la diligencia de embargo y secuestro de bienes y enseres la que dió origen a la demanda.

II. PROVIDENCIA APELADA

En la audiencia inicial luego de agotada la etapa de saneamiento, al resolver las excepciones el a quo las decidió así:

Frente a la excepción propuesta por el municipio accionado respecto a **la falta de legitimación material en la causa por pasiva,** consideró que existe una legitimación por pasiva de hecho y otra material, frente a la de hecho indicó que se refiere a la potencialidad del demandado para ser parte en el proceso constituyéndose en un requisito de procedibilidad de la demanda razón por la que la que resolvió negar el medio exceptivo, y frente a la material consideró que va íntimamente ligada como requisito de procedibilidad ya no de la demanda sino de las pretensiones, por lo que se resuelve en el fondo del asunto.

Frente a la excepción propuesta por el municipio como por el particular Felipe Alberto Brijaldo Vargas, denominada **falta de integración del contradictorio o no comprender la demanda a todos los litis consorcios necesarios**, el a quo consideró que ninguno de los excepcionantes acierta en indicar cuál es la entidad cuya vinculación es necesaria en el extremo pasivo, puesto que si las acciones u omisiones se derivaron de la medida cautelar de embargo y secuestro de bienes muebles dentro de un proceso ejecutivo tramitado en el Juzgado Primero Civil de Duitama, infiere que la entidad que eventualmente se hubiera podido demandar sería la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva

de Administración Judicial, pero que de los supuestos fácticos por los que solicitan la conformación del litis, advierte que no se enmarcan en el contenido del artículo 61 del C.G.P., dado que en el asunto si es posible resolver de mérito sin la comparecencia de la rama judicial como quiera que la actora señaló como responsable al municipio de Duitama, Inspección de Policía de Duitama y al auxiliar de justicia que fungió como secuestre en la diligencia de embargo y secuestro de bienes.

Anotó que en los procesos de responsabilidad extracontractual del estado, cuando en la presunta causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, el juez determinará el porcentaje que corresponderá pagar a cada involucrado de acuerdo con su participación en el hecho dañoso, lo que significa que el CPACA eliminó la responsabilidad solidaria motivo por el cual es improcedente la conformación del litisconsorcio necesario.

Así mismo, señaló que en lo concerniente a las aseguradoras citadas por el particular, debió acudir a la figura del llamamiento en garantía de quien esté legitimado para ello, pero como no lo hizo, considera que no hay lugar a mayor pronunciamiento.

II. RECURSO DE APELACIÓN

El **apoderado del municipio de Duitama** interpuso recurso de apelación contra la decisión de declarar no probada la excepción denominada ineptitud sustantiva de la demanda **por falta de integración del contradictorio** el cual sustentó de la siguiente manera.

Adujo que el objeto de este proceso se dió con ocasión de una diligencia judicial consistente en el embargo y secuestro de bienes que cursó en un proceso ejecutivo, y que aun cuando en la formulación de la excepción no se especificó que es la Rama Judicial, es claro que la Dirección Ejecutiva de

Administración Judicial – Rama Judicial es la que debe comparecer a este proceso porque sin su comparecencia no puede dictarse sentencia de fondo.

Señaló que esa entidad es la responsable de los defectos de la administración de justicia por cuanto se deduce que tiene que ver con los hechos que han dado lugar a la demanda.

El a quo solicitó al apoderado recurrente precisar porqué solicita la vinculación de la Rama Judicial como quiera que los daños presuntamente reclamados se ocasionaron en la diligencia de secuestro adelantado por la inspección de policía, así, requirió argumentar donde esta concretamente la razón por la cual debe vincularse a la Rama Judicial.

Por su parte, el recurrente insiste en que los actos que desplegó la inspección de policía fueron por la comisión de la rama judicial en este caso del juzgado primero civil municipal, y esa intervención judicial es la que se está sometiendo a consideración por lo que debe ser llamada.

III. TRASLADO DEL RECURSO

En los términos del artículo 244 del C.P.A.C.A., del recurso presentado se dió traslado a la **apoderada del demandado particular,** oportunidad que aprovechó la parte actora para manifestar su acuerdo con el recurrente como quiera que considera que el error vino del juzgado en tanto que el secuestre y el inspector estaban cumpliendo una orden judicial.

Adujo que al enviar la comisión existe error en el juzgado en tanto que en el auto emitido por el despacho judicial de fecha 18 de septiembre decretó el embargo de los vehículos y establecimiento de comercio sometidos a registro, sin exceptuar los enseres, razón por la que sostiene que su representado se sometió a cumplir la orden judicial.

Sostuvo que en el auto que el juzgado emitió el 18 de septiembre, especificó decretar el embargo y secuestro de bienes muebles enseres denunciados que se encuentren por parte del demandado Héctor Mauricio Barreto Mahecha, pero que al momento de comisionar a la inspección de policía, emitió la orden de diligencia de embargo y secuestro de los bienes y enseres de propiedad del señor Héctor Mauricio Barreto Mahecha y María Nelly Holguín Martínez, ubicados en la carrera 18 N° 5-46 del establecimiento de comercio "Esquina del gran sabor".

Así las cosas, sostiene que el juzgado emite un contenido diferente a la orden, y que como su representado cumple una orden judicial, solicita la vinculación del juzgado primero civil municipal.

Al descorrer el traslado del recurso **la representante del ministerio público,** coadyuvó la impugnación de los demandados con el argumento de que si bien es cierto la demanda se dirigió contra el municipio de Duitama y el señor Felipe Brijaldo por fuero de atracción en su condición de auxiliar de justicia, por las presuntas fallas y errores en que se incurrió en la diligencia de embargo y secuestro, no se puede desconocer que esta diligencia se llevó a cabo en cumplimiento de un despacho comisorio proveniente del Juzgado Primero Civil Municipal de Duitama dentro del proceso ejecutivo singular de mínima cuantía.

Sostuvo que no puede olvidarse que la señora Olfa María Gaitán Pinto inició incidente de desembargo en el referido proceso, y el Juzgado Civil Municipal en descongestión decidió dar trámite y ordenó prestar caución, pero posteriormente decidió no iniciar el incidente por no prestar la caución que garantice el pago de las costas, por lo que consideró que las actuaciones judiciales anteriores y posteriores a la diligencia de embargo y secuestro deben ser estudiadas y analizadas en la sentencia, por lo que considera que la rama judicial debe estar vinculadas al trámite.

Por su parte, el **apoderado de la parte actora** advierte que en los hechos de la demandada no está atacando el procedimiento que se hiciera en el Juzgado Primero Civil Municipal de Duitama, ni si quiera el auto que decretó el embargo y secuestro de esos muebles, sino que está atacando la materialización de esa diligencia.

Adujo que en la diligencia no se le permitió a su representada siquiera demostrar que el local era de ella, y que ataca es el procedimiento que hizo el secuestre.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es funcionalmente competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión adoptada en audiencia del 28 de septiembre de 2017, como quiera que, acorde con lo dispuesto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el auto que "decide sobre las excepciones" es recurrible por vía del recurso de apelación.

Corolario de lo anterior, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 243 del C.P.A.C.A., el Tribunal Administrativo de Boyacá es competente para resolver el recurso de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación, proferidos por los jueces administrativos en primera instancia.

2. Problema a resolver

Corresponde a la Sala determinar si en el asunto de la referencia hay lugar a revocar la decisión del juez que determinó declarar no probada la excepción de

falta de integración del contradictorio; o si por el contrario, es procedente confirmar la decisión.

3. Del litis consorcio necesario

Debe recordarse que el CPACA no regula explicita o taxativamente el litis consorcio necesario, de manera que se acude a lo establecido en el Código General del Proceso.

En tal sentido, el artículo 61 del C.G.P., frente a esta figura del litis consorcio necesario e integración del contradictorio establece:

> "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 ésta 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 sólo 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".

El Consejo de Estado respecto a la integración del contradictorio, en sentencia del veintiocho (28) de julio dos mil catorce (2014), dentro del radicado (1377-11), indicó:

> "(...) La accionada además señala que no se integró debidamente el contradictorio, en la medida en que, para efectos de la reclamación por perjuicios morales derivados de la afectación del buen nombre del actor, también debió demandarse a los medios de comunicación quienes fueron los que dieron publicidad al asunto. **La indebida integración del contradictorio exige revisar la relación jurídica existente entre la parte demandante y demandada**, a fin de determinar si para resolver la litis es necesaria la participación de un tercero no llamado al juicio. La intervención como demandados, en este proceso, de los "medios de comunicación" no es necesaria en la medida en que, éstos no participaron en la expedición de las providencias acusadas, y en ese sentido no tienen una relación jurídica sustancial con alguna de las partes involucradas en el litigio (...)". (Subraya y negritas del despacho)

Aun cuando en la sentencia en cita se demandaba la nulidad de uno actos administrativos que en principio se diría es una situación diferente al presente caso, sí debe tenerse en cuenta que la exigencia para la integración del contradictorio recae en la relación jurídica que debe existir entre las partes, razón por la que debe analizarse en este caso si la intervención de la Rama Judicial es necesaria o no, es decir, si esa relación jurídica se presenta.

La parte actora pretende se declare responsable a los demandados municipio de Duitama – Inspección de Policía de Duitama y al particular en su calidad de auxiliar de justicia, por los daños irrogados a la parte actora con ocasión de la diligencia de embargo y secuestro del establecimiento denominado "Panadería la esquina del gran sabor de Duitama"

Del análisis efectuado a los supuestos fácticos de la demanda se observa que aquellos no tienen relación alguna con la intervención de la Rama Judicial, resultando no ser necesaria su mediación como quiera que la entidad no participó en el desarrollo de la diligencia de embargo y secuestro de la que se predica el daño a la parte actora, es decir, los hechos de la demanda no dejan

entrever que a la Rama Judicial se le esté indilgando responsabilidad alguna con ocasión de la diligencia que adelantó la inspección de policía y el secuestre nombrado para la misma, sino que por el contrario, lo que se pretende demostrar es que el hecho dañoso recae en la acción u omisión de los funcionarios que al cumplir la orden emitida por el Juzgado Civil de Duitama se presentó en el desarrollo de la misma.

Ahora, tampoco se acreditó en que consistió el daño causado por la Rama Judicial a la demandante de ahí que la parte actora no la señala como responsable en tanto asegura no atacar si quiera el auto que decretó el embargo y secuestro de esos muebles, sino que lo que está atacando es **la materialización** de la diligencia.

En consecuencia, el Despacho estima que en razón de las relaciones jurídicas y de los supuestos fácticos así como del contenido mismo de las pretensiones de la demanda, es posible resolver el asunto sometido por la parte actora, sin que sea necesaria la vinculación al presente trámite de la Rama Judicial, por consiguiente, declara igualmente que no hay lugar a la prosperidad de la excepción denominada indebida integración del contradictorio por carecer de fundamento.

En mérito de lo expuesto, el Despacho Nº 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE

PRIMERO: **Confirmar** el auto proferido en audiencia inicial del 28 de septiembre de 2017, mediante el cual el Juzgado Primero Administrativo de Duitama declaró no próspera la excepción de falta de integración del contradictorio, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme ésta providencia, envíese el expediente al despacho de origen para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifico por estado
No. 11 de hoy. 26 ENE 2018
EL SECRETARIO