REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No.3 DE ORALIDAD

Tunja, 07 FEB 2019

Magistrado Sustanciador: **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE:	JHON JAIRO HERNANDEZ CARDENAS
ACCIONADO:	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
RADICACIÓN:	150012333000**201200218-00**

==========

OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE lo resuelto por el H. Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que mediante providencia del veinte (20) de septiembre de 2017, decidió MODIFICAR los numerales 1 Y 2 de la providencia del veintiuno (21) de marzo de 2014 proferida por ésta Corporación, por medio de la cual, se negó las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, por la Secretaría del Tribunal, líbrense las comunicaciones respectivas y **ARCHÍVESE** el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor.

Notifíquese y Cúmplase.

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Mfg

TRIBUNAL / ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 20 23 FEB 2018
EL SECRETARIO

217

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 03 DE ORALIDAD

Tunja, siete (07) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

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

MEDIO DE CONTROL:	CONTRACTUAL
DEMANDANTE:	EMILIANO VARGAS MESA-LUIS FERNANDO MESA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE TUNJA
RADICACIÓN	150012333000201500372-00

==========

Revisado el expediente, se encuentra que en audiencia inicial celebrada el día 17 de julio de 2017, el Despacho decretó de oficio una serie de pruebas, las cuales quedaron a cargo de la parte demandada, en este caso, del municipio de Tunja, entre ellas:

1 Copia de la totalidad de los estudios y diseños que dieron lugar a la celebración del contrato de obra No. 423 de 2010, así como los demás documentos correspondientes a la etapa previa y de planeación del mencionado contrato.

2 Como prueba trasladada, se requirió copia de la totalidad del proceso referente a la acción popular No. 2011-009.

Los anteriores documentos como ya se señaló, quedaron a cargo del municipio de Tunja, quien mediante escrito del 28 de julio de 2017, aportó en cuatro carpetas los Estudios y Diseños, así como la etapa previa correspondientes al Contrato de Obra No. 423 de 2010.

Ahora bien, en lo que respecta a la segunda prueba debe advertirse que la apoderada del mencionado ente territorial, mediante escrito del 03 de agosto de 2017, solicitó que atendiendo a lo extenso del proceso

de acción popular No. 2011-009 y en virtud del principio de economía procesal, se reconsiderara la decisión de aportar la copia del expediente ya mencionado, y en su lugar, disponer el préstamo del mismo o la copia de alguna de las piezas procesales más relevantes para resolver el asunto. (Fl. 198)

Como consecuencia de la anterior petición, el Despacho mediante auto del 23 de agosto de 2017 accedió a la misma, procediendo a pedir en préstamo el referido expediente al Jefe de Archivo del Barrio Santa Rita, advirtiendo que tan pronto se allegara dicho proceso, se analizaría el mismo para determinar cuáles serían las piezas procesales que resultaban determinantes a efectos de resolver el asunto de la referencia, las cuales quedarían a cargo de la parte demandada (municipio de Tunja), quien debería aportarlas al expediente.

Pues bien, atendiendo a que el Jefe de Archivo del Barrio Santa Rita allegó al proceso de la referencia el expediente de acción popular No. 2011-009, el Despacho en virtud lo dispuesto en auto del 23 de agosto de 2017, procedió a realizar el respectivo análisis, determinado que las piezas procesales que resultan determinantes a efectos de resolver el asunto de la referencia, son las siguientes:

- Escrito de demanda (Fls. 1-6)

- Recurso de reposición interpuesto por el actor contra el numeral sexto del auto admisorio de la demanda, por el cual se negó la medida cautelar que fue solicitada. (Fls. 147-19)

- Oficio del 30 de marzo de 2011 del Concejo Municipal de Tunja. (Fls. 48)

- Auto del 12 de abril de 2011, por medio del cual el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, resolvió el recurso de reposición interpuesto por el actor contra el numeral sexto del auto admisorio de la demanda. (Fls. 51-52)

- Recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto por la apoderada del municipio de Tunja contra el numeral segundo del auto de fecha 12 de abril de 2011, por el cual se decretó la medida cautelar. (Fls. 53-62)

- Documentos aportados por el municipio de Tunja vistos a Fls. 97-100.

- Auto del 02 de mayo de 2011, por medio del cual el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja resolvió el recurso de reposición interpuesto por la apoderada del municipio de Tunja contra el numeral segundo del auto de fecha 12 de abril de 2011. (Fls. 101-102)

- Escrito de contestación de la demanda por parte del municipio de Tunja. (Fls. 130-157)

- Documentos allegados por la Secretaría de Infraestructura del municipio de Tunja vistos a folios 158-165.

- Pruebas aportadas por la Secretaría de Planeación municipal de Tunja. (Fls. 198-202)

- Fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja. (Fls. 230-242)

- Recurso de apelación interpuesto por el apoderado del municipio de Tunja contra el fallo de primera instancia. (Fls. 245-248)

- Recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Unión Temporal Sector Uno contra el fallo de primera instancia. (Fls. 249-255)

- Fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá. (Fls. 266-300)

- Documentos allegados por el Municipio de Tunja. (Fls. 334-335)

- Documentos obrantes en el Cuaderno 6 (CUADERNO DE PRUEBAS OFC No. 073)

Así las cosas, se advierte que el municipio de Tunja deberá allegar dentro de los ocho (08) días siguientes a la notificación del presente auto, copia de los anteriores documentos a efectos de que hagan parte del presente expediente.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: ESTABLECER que los documentos antes mencionados, resultan ser las piezas procesales del proceso de acción popular No. 2011-009, que resultan determinantes para efectos de resolver el asunto en estudio.

SEGUNDO: Los anteriores documentos quedarán a cargo de la parte demandada (municipio de Tunja), quien deberá aportarlos en copia al expediente dentro de los ocho (08) días siguientes a la notificación de la presente providencia.

Notifíquese y cúmplase

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 20 FEB 21 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE CONJUECES

Tunja, 10 FEB 2017

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTES: JOSÉ HUBER HERRERA RODRÍGUEZ
MARGARITA ROSA PERÉA ALBARRACÍN
OSCAR JULIO LARA TELLO
PEDRO RAFAEL ACEVEDO RIVERA

DEMANDADA: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
RADICACIONES: 150012333000201600410000
150012333000201600293000
150012333000201600327000
150012333000201600357000

ASUNTO: Auto que decreta acumulación de procesos

Conjuez: Dr. Jair Gabriel Fonseca González

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

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

En efecto, con fundamento en los principios de coordinación, eficacia, economia, celeridad, concentración, inmediación, igualdad y publicidad que según el artículo 3º del C.P.C.A, se imponen a todas las autoridades en las actuaciones y

procedimientos administrativos, es procedente decretar de oficio la acumulación de estos procesos que se tramitan en esta sala de conjueces a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho entre las mismas partes, representada la parte actora por el mismo apoderado, que versan sobre idénticos hechos y pretensiones y se encuentran en igual etapa procesal, esto es, para audiencia inicial, como se puede constatar en cada uno de los procesos. Adicionalmente, la acumulación de procesos tiene como finalidad que las decisiones judiciales que resuelvan casos semejantes sean coherentes, evitando así, contradicciones que podrían dar lugar a la violación del derecho fundamental a la igualdad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Se encuentran en primera instancia.

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

4. Se proponen las mismas excepciones de fondo por la parte demandada.

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

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

Bajo ese entendido por resultar procedente, de oficio se acumularán estos procesos. En consecuencia de ahora en adelante se tramitarán conjuntamente teniendo al radicado con el número 15001233300020160041000 como principal para todos los efectos legales, por ser éste el proceso más antiguo teniendo en cuenta que fue el primero en el que se notificó la demanda.

Finalmente, como quiera que el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial le confirió poder al abogado ALEX ROLANDO BARRETO MORENO para que asuma la representación y defensa de la entidad demandada en los procesos que mediante esta providencia se acumulan[1] y fue él quien contestó las demandas[2] el despacho le reconocerá personería jurídica para actuar como su apoderado judicial.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Decretar la acumulación de los procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, radicados con los números 15001233300020160041000, 15001233300020160029300, 15001233300020160032700 y

---

[1] Fols. 80 (proceso No 1), 88 (proceso No. 2), 91 (proceso No. 3) y 101 (proceso No. 4).

[2] Fols. 72 a 79 (proceso No. 1), 80 a 87 (proceso No. 2). 83 a 90 (proceso No. 3) y 94 a 101 (proceso No. 4).

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

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

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

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

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

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

1. 15001233300020160041000 adelantado por JOSÉ HUBER HERRERA RODRÍGUEZ
contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL –DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

2. 15001233300020160029300 adelantado por MARGARITA ROSA PEREA ALBARRACÍN contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL –DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

3. 15001233300020160032700 adelantado por OSCAR JULIO LARA TELLO contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL –DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

4. 15001233300020160035700 adelantado por PEDRO RAFAEL ACEVEDO RIVERA contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL –DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

En efecto estos procesos:

150012333000201600357OO, adelantados por JOSÉ HUBER HERRERA RODRÍGUEZ, MARGARITA ROSA PERÉA ALBARRACÍN, OSCAR JULIO LARA TELLO y PEDRO RAFAEL ACEVEDO RIVERA, respectivamente, contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

SEGUNDO: Tener como expediente principal para todos los efectos legales pertinentes el radicado con el número150012333000201600410OO.

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

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

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

Notifíquese y cúmplase

JAIR GABRIEL FONSECA GONZÁLEZ
Conjuez

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ

20

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja, 07 FEB 2018

Acción : **Validez de Acuerdo Municipal**
Demandante : **Departamento de Boyacá**
Demandado : **Municipio de Paya - Concejo Municipal**
Expediente : **15001-23-33-000-2017-00068-00**

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 100-02-02/018-2016 "*Por medio del cual se establece el presupuesto de rentas y gastos del municipio de Paya para la vigencia fiscal 2017*".

I. ANTECEDENTES

Pretende el departamento de Boyacá que por esta Corporación se declare la invalidez del rubro 2204030303 denominado "*la conmemoración día del campesino payero*" SECTOR AGROPECUARIO, del Acuerdo 100-02-02/018-2016 expedido por el Concejo Municipal de Paya.

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

II. HECHOS

El Concejo Municipal de Paya expidió el Acuerdo número100-02-02/018-2016, el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 16 de diciembre de 2016.

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 y a la ley.

Señala como normas violadas el artículo 76 (76.1, 76.2, 76.2.1, 76.2.2, 76.3, 76.3.1, 76.3.2, 76.4) de la Ley 715 de 2001.

Para explicar el concepto de violación, argumenta que el Concejo Municipal de Paya al expedir el citado acuerdo violó ostensiblemente las normas citadas, toda vez que "*...no se encuentra incluido destinar los recursos del sector agropecuario para la conmemoración del día del campesino Payero*".

Además, sostiene que efectuada la revisión jurídica ordenada en el artículo 305 de la Constitución Política, "*...se pudo constatar que el concejo municipal viola ostensiblemente el numeral 76.3 del artículo 76 de la Ley 715 de 2000 (sic), puesto que con los recursos correspondientes al sector agropecuario presupuestaron para la conmemoración día del campesino Payero un monto de $62.000.000*".

Así pues, indica que se destinaron los recursos del sector agropecuario para la conmemoración del día del campesino Payero, gasto que no se encuentra contemplado en la ley, dejándose de financiar programas de desarrollo rural en materia agropecuaria, donde se integren actividades como asesorías, asistencia técnica o capacitación.

III. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja el 25 de enero de 2017 siendo admitida por el despacho mediante providencia del 2 de febrero de 2017 (fls. 121), cumplidos los requisitos de admisión se fijó en lista el presente asunto (f. 126), 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 la **Personería Municipal de Paya** (fls. 124) se pronunció apoyando las pretensiones de la demanda.

Indica que el Concejo Municipal de Paya incurrió en un error al incluir un rubro con destinación específica como lo es el sector agropecuario rural a la conmemoración del día del campesino Payero, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001.

3. También se pronunció el **municipio de Paya,** a través de su alcalde (f. 127), solicitando que se declare la validez del citado acuerdo, advirtiendo que un porcentaje de los recursos del Sistema General de Participaciones del sector de libre inversión, se destinan a apoyar al sector campesino.

Expresa que la alcaldía de Paya dentro de sus planes y programas descritos en el Plan de Desarrollo Local ha descrito el rescate y reconocimiento de las actividades tradicionales y costumbristas de los habitantes de la región, por ello "*...ha vinculado a la población para rescatar dichas tradiciones y darle la relevancia e importancia que generen el reconocimiento de la identidad cultural del municipio*".

Señala que por la tradición de mantener la cultura campesina viva e incentivar los valores campesinos, el trabajo de campo y apoyar las muestras artísticas, es que se celebra el día campesino a nivel nacional.

Informa que dentro del Plan de Desarrollo Municipal, en el eje temático correspondiente al sector agropecuario, se encuentra el compromiso institucional para preservar, enaltecer y apoyar la labor de los campesinos, "*...por ello la presupuestación del rubro demandado, cuyo objetivo es la materialización de los fines del estado, y las orientaciones entregadas por el gobierno nacional, quien instituye la celebración como fiesta nacional el primer domingo del mes de junio, fecha en la cual, por costumbre de la población se lleva a cabo la celebración de ferias ganaderas, equinas, plazas campesinas en las cuales se estimula y engrandece la labor de los campesinos, otorgándoles estímulos y celebrando con ellos el honor de ser campesinos, conmemoración que no sería posible sin la utilización de los recursos del sector agropecuario, como fuente de financiación, pues perfectamente puede este concepto encajar en el contenido del numeral 73.3.3. del artículo 76 de la Ley 715 del año 2000*".

Manifiesta que el motivo que lo movió para presentar al Concejo Municipal la inclusión del citado rubro, fue honrar las disposiciones legales en materia de inversión de los recursos del sector agropecuario:

> "...**Promoción y financiación de proyectos de Desarrollo agropecuario rural – feria técnica agropecuaria y exposiciones. Inversión** orientada a programas, proyectos, participación y realización de eventos feriales del sector agropecuario.
>
> **Asistencia Técnica** corresponde a los gastos por remuneración de la nómina que presta el servicio de asistencia técnica en el sector agropecuario.
>
> **Apoyo a proyectos productivos.** Gastos relacionados con las actividades realizadas para la programación de alianzas asociaciones u otras formas asociativas de productores en la áreas de producción, administración, mercados y agroindustrias".

Por último, aduce que en el presente caso no se vislumbra ninguna violación de las citadas normas, como quiera que el departamento de Boyacá hace una interpretación exegética de la norma, sin presentar el análisis correspondiente a la integración normativa que tiene como fin último el descrito en el rubro demandado.

4. Mediante providencia del 1° de marzo de 2017 (fl. 135), se abrió el proceso a pruebas, tomándose con todo su valor probatorio los documentos aportados con el escrito demandatorio y su contestación. Además se decretaron varias pruebas de oficio, requiriendo al Concejo Municipal de Paya y a la Alcaldía para que allegaran copia del acuerdo mediante el cual se expidió el presupuesto del ente territorial, con la finalidad de saber si dentro del mismo se encuentra apropiado el gasto para la "*conmemoración del día del campesino payero*"; y para que allegaran copia del Plan Nacional de Desarrollo con la finalidad de evidenciar si dentro de éste se encuentra el rubro demandado.

Para la práctica de las pruebas se estableció un término no superior a 10 días. En consecuencia, hasta el 11 de mayo de 2017 se allegaron las actas de aprobación del acuerdo demandado (f. 141 a 143)

Se decide, previas estas

IV. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico. A la Sala le corresponde determinar si el Concejo Municipal de Paya incurrió o no en la señalada violación del artículo 76.3 de la Ley 715 de 2001, al aprobar el rubro 2204030303 denominado "*la conmemoración día del campesino payero*" SECTOR AGROPECUARIO dentro del proyecto que habría de convertirse en el Acuerdo 100-02-02/018-2016 "*Por medio del cual se establece el presupuesto de rentas y gastos del municipio de Paya para la vigencia fiscal 2017*", toda vez que en sentir del departamento de Boyacá, no se puede destinar los recursos del sector agropecuario para la "conmemoración del día del campesino Payero", siendo un gasto que no se encuentra contemplado en la ley, con la consecuencia de que se deja de financiar programas de desarrollo rural en materia agropecuaria.

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 Paya, la Sala efectuará algunas consideraciones previas sobre i) el presupuesto general de las entidades territoriales; ii) de la celebración del día del campesino 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. La celebración del día del campesino

Es deber del Estado promover los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, **recreación**, crédito, comunicaciones, comercialización de

[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.

los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos (art. 64 CP).

En desarrollo de dicha disposición constitucional, el legislador expidió la Ley *General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero* 101 de 1993, cuyo propósito es "*...proteger el desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, y promover el mejoramiento del ingreso y calidad de vida de los productores rurales*"[7].

De igual forma el artículo 70 ibídem dentro del capítulo dedicado a la inversión social en el sector rural, dejó claro que dichos gastos se encuadran dentro del gasto de inversión pública social en los términos del artículo 350 de la Constitución, así:

> "Las erogaciones que la Nación realice para el cumplimiento de las finalidades establecidas en el artículo 1o. de esta ley, constituyen gasto de inversión pública social en los términos del artículo 350 de la Constitución Política.
>
> El gasto público social en el sector rural se establecerá teniendo en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas que residan en zonas rurales, según lo establezca la ley orgánica respectiva" (subrayado fuera de texto)

Como se advierte de la lectura de las anteriores normas, las acciones encaminadas a lograr mejorar la calidad de vida de los trabajadores agropecuarios y de manera particular permitirles acceso a espacios de recreación, se encuentra estructurado como un componente del desarrollo agrario y rural del país, en tanto, los campesinos constituyen el elemento básico y esencial del sector en mención.

Una de tales acciones encaminadas a mejorar la calidad de vida de los trabajadores agropecuarios, lo constituye sin duda alguna la celebración del día de campesino, conmemoración que fue institucionalizada incluso antes de la expedición de la Constitución de 1991, a través del Decreto 135 de 1965,

---

[7] Art. 1

cuya expedición tuvo como motivación permitir un espacio lúdico- recreativo para dicha población, para de esta manera exaltar su valiosa actividad; en tal sentido se indicó:

> "A partir de la vigencia de este Decreto, el primer domingo del mes de junio de cada año se celebrará en todos los Municipios del país, el "Día del Campesino".
>
> **Artículo segundo.** Corresponderá al Alcalde de cada Municipio, con la colaboración de los funcionarios oficiales y de los institutos vinculados al fomento agrícola, ganadero y forestal, la elaboración de programas especiales para exaltar los méritos y la laboriosidad de las personas dedicadas a las labores agrícolas o ganaderas en la respectiva jurisdicción.
>
> **Artículo tercero.** Los Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales, adoptarán las providencias necesarias para el mayor realce de la celebración cívica de que trata este Decreto". (Subrayado fuera de texto)

La celebración del día del campesino fue reiterada a través de los Decretos No. 1058 de 1990 y 780 de 1992, en los términos antes indicados.

Como se advierte de la lectura de las normas referidas, es obligación del alcalde municipal junto con los funcionarios y dependencias encargados del fomento agrícola, ganadero y forestal, la elaboración de programas especiales para exaltar los méritos y la laboriosidad de las personas dedicadas a la labores agrícolas o ganaderas en el respectivo ente territorial, uno de los cuales, lo constituye la celebración del día del campesino.

En tal sentido, los Planes de Desarrollo de los municipios deben contener un programa especial destinado a destacar y exaltar la labor de los trabajadores agropecuarios, ello en cumplimiento de lo normado en el Decreto 135 de 1965 y el artículo 64 de la Constitución Política.

5. Solución al caso concreto

En el sub lite, se endilgan al Acuerdo 100-02-02/018-2016 los cargos de invalidez que se concretan en que es ilegal (artículo 76.3 de la Ley 715 de

2001) el rubro 2204030303 denominado "*la conmemoración día del campesino payero*" SECTOR AGROPECUARIO, contenido en el citado acto, toda vez que en el sentir del departamento de Boyacá, no se pueden destinar los recursos del sector agropecuario para la "*conmemoración del día del campesino Payero*", porque es un gasto que no se encuentra contemplado en la ley, con la consecuencia de que se deja de financiar programas de desarrollo rural en materia agropecuaria.

En el Acuerdo 100-02-02/018-2016 "*Por medio del cual se establece el presupuesto de rentas y gastos del municipio de Paya para la vigencia fiscal 2017*" se consideró y acordó lo siguiente (fs. 8 a 46):

"...1. Que por mandato Constitucional (artículo No. 33) y por facultad de la Ley 136 de 1994, la ley 715 de 2001, decreto 111 de 1996, la ley 1551 de 2012, corresponde a los concejos municipales establecer los Presupuestos Anuales de Rentas y Gastos del Municipio acorde a las normas de planeación y con fundamento en los documentos SGP, el Marco Fiscal de Mediano Plazo, el Plan Operativo Anual de Inversiones y Estatuto Municipal de Presupuesto.

2. Que el Honorable Concejo municipal en cumplimiento del artículo 313 numeral 5 de la Constitución Política y artículo 18 num 9 de la Ley 1551 de 2012 le corresponde aprobar el Presupuesto Municipal el cual debe corresponder al Plan de Desarrollo Municipal.

3. Que de conformidad con el artículo 109 del Decreto 111 de 1996, las entidades territoriales al expedir las normas presupuestales deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a las organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial.

...

ACUERDA

ARTÍCULO PRIMERO: Fíjese el Presupuesto General de Rentas y Recursos de Capital del Municipio de Paya para la vigencia fiscal comprendida entre el 1° de enero al 31 de diciembre de... 2017, en la suma de: CINCO MIL SEISCIENTOS NOVENTA MILLONES VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS ($ 5.690.025.929) m/cte

...

ARTÍCULO SEGUNDO: Fíjese el Presupuesto General de Gastos del Municipio de Paya para la vigencia fiscal comprendida entre el 1° de enero al 31 de diciembre de... 2017, en la suma de: CINCO MIL SEISCIENTOS NOVENTA MILLONES VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS ($ 5.690.025.929) m/cte, según el siguiente por menor:

GASTOS

Código	Descripción	Valor
...		
220403	**LIBRE INVERSIÓN CON SGP- OTROS SECTORES**	**1.866.118.384.00**
...		
22040303	**PROGRAMA: SECTOR AGROPECUARIO "MAS EMPLEO Y MEJORES INGRESOS PARA LOS CAMPESINOS"**	**112,000,000,00**
2204030301	Asistencia técnica agropecuaria para el Fortalecimiento de Cadenas Productivas	30,000,000,00
2204030302	Dotación de Equipos y Materiales del Sector	5.000.000.00
2204030303	**Conmemoración Día del Campesino Payero**	**62,000,000,00**
2204030304	Fortalecimiento de Cadenas Productivas	10,000,000,00
2204030305	Cofinanciación Proyectos Sector Agropecuario	5.000.000,00

...

SECTOR AGROPECUARIO

SECTOR ORIENTADO AL DESARROLLO DE ACTIVIDADES TENDIENTES A PROMOVER EL DESARROLLO AGROPECUARIO.

Promoción y financiación de proyectos de Desarrollo agropecuarios rural- Feria técnica agropecuaria y exposiciones. Inversión orientada a programas, proyectos, participación y realización de eventos feriales del sector agropecuario.

Asistencia Técnica: Corresponde a los gastos por remuneración de la nómina que presta el servicio de asistencia técnica en el sector agropecuario.

Apoyo a proyectos productivos. Gastos relacionados con las actividades realizadas para la programación de alianzas asociaciones u otras formas asociativas de productores en las áreas de producción, administración, mercados y agroindustrias"

A folio 53 reposa el listado de programas consignados en el PDT Plan de Desarrollo Territorial de Paya – Boyacá, así:

8. Sector agropecuario	Programa 24: Los productores agropecuarios del municipio reciben apoyo para el fortalecimiento de las principales cadenas productivas.
	Metas de producto del programa anual
	Número de cadenas productivas apoyadas integralmente
	Número de proyectos de asistencia técnica ofrecida al sector agropecuario
	Número de festividades campesinas apoyadas

Y a folio 89 a 92 se encuentran relacionados los proyectos de inversión del municipio de Paya, entre ellos la celebración y conmemoración del día del campesino payero (f. 92).

Descendiendo al fondo del asunto se puede concluir que el elemento fundamental del sector agropecuario lo constituyen en efecto los campesinos, quienes con su trabajo hacen posible que las políticas dirigidas al desarrollo del sector agropecuario y rural, se materialicen, razón por la cual fijar un gasto dentro del sector agropecuario y desarrollo rural, a efectos de conmemorar y realizar un homenaje a dichos trabajadores, en modo alguno contraviene la norma invocada por el departamento de Boyacá.

De la lectura del artículo 76 de la Ley 715 de 2001, concluye la Sala 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 celebración del día del campesino establecido a través del Decreto 135 de 1965, radicada en cabeza del alcalde municipal.

En conclusión, a juicio de la Sala la inclusión del rubro 2204030303 denominado "*Conmemoración Día del Campesino*" dentro del programa sector agropecuario "Más empleo y mejores ingresos para los campesinos" como uno de los componentes de los gastos de inversión en el Acuerdo 100-02-02/018-2016, no es contrario a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 715 de 2001, en tanto:

i) La finalidad de dicha celebración es conmemorar y hacer un homenaje a los trabajadores agropecuarios, los cuales como quedó visto son el elemento esencial del sector agropecuario.

ii) La norma en cita en modo alguno puede considerarse como una descripción taxativa de las competencias de los municipios en el sector agropecuario, toda vez que hay que tener en cuenta las demás competencias que la constitución y la ley les asignan a dichos entes territoriales, tal como ocurre con la celebración del día del campesino.

Así las cosas, no encuentra la Sala prosperidad del cargo propuesto por el departamento de Boyacá en contra el Acuerdo 100-02-02/018-2016, por las razones dadas, razón por la que se declarará la validez del acto demandado.

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 infundado el cargo propuesto por el Departamento de Boyacá en contra del Acuerdo No. 100-02-02/018-2016, emitido por el Concejo Municipal de Paya, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, razón por la que se **DECLARA LA VALIDEZ** del acto demandado.

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

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 notificó por estado
No. 20 de hoy. 08 FEB 2019
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 1

Tunja, 06 FEB 2018

Magistrado Ponente: **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

REFERENCIAS

ASUNTO	IMPEDIMIENTO PROCURADOR
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	ISIS YULY RAMIREZ TOBOS
DEMANDADO	NACIÓN- RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL RADICACIÓN
RADICACIÓN	15001233300020170017 5-00

==========

Procede la Sala a resolver el impedimento presentado por el Procurador 46 Judicial II en Asuntos Administrativos, Dr. Fernando Arias García.

I. ANTECEDENTES

__ Mediante escrito presentado el 2 de junio de 2017, el actual Procurador 46 Judicial II en Asuntos Administrativos se declaró impedido para actuar como Agente del Ministerio Público en el proceso de la referencia, al considerar que se encuentran configuradas las causales 1 y 6 señaladas en el artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que ha presentado idénticas pretensiones que las de esta demanda contra la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en la medida que hasta el 1 de septiembre de 2016 laboró como funcionario de la Rama Judicial, proceso que cursa en el Tribunal Administrativo de Boyacá con número de radicación 2015-0168.

II. CONSIDERACIONES

Causales de Agentes del Ministerio Público

Los artículos 134 y 135 del CPACA establecen que a los Agentes del Ministerio Público le son aplicables las causales de impedimento o recusación contempladas para los Magistrados del Consejo de Estado, Magistrados de Tribunales y jueces administrativos cuando actúen ante esta jurisdicción.

En cuanto al trámite, el artículo 134 del CPACA establece lo siguiente:

> "Art. 134. El agente del Ministerio Público, en quien concurra algún motivo de impedimento, deberá declararse impedido expresando la causal y los hechos en que se fundamente, mediante escrito dirigido al juez, sala, sección o subsección que esté conociendo del asunto para que decida si se acepta o no el impedimento. En caso positivo, se dispondrá su reemplazo por quien le siga en orden numérico atendiendo a su especialidad, si se tratare de agente único se solicitará a la Procuraduría General de la Nación, la designación del funcionario que lo reemplace."

En análisis de la norma analizada se advierte, el legislador atribuyó la competencia para conocer de los impedimentos presentados por los Agentes del Ministerio Público, el juez, **sala**, sección o subsección que esté conociendo de asunto, siendo lo procedente en caso de encontrarse configurado nombrar al que le sigue en turno en el caso de que existan varios delegados para asuntos de similar naturaleza.

De lo expuesto hasta el momento se puede concluir i) Que a los Agentes del Ministerio Público le son aplicables las causales de impedimento o recusación contempladas para jueces y Magistrados, ii) Por tratarse de una norma especial, es competente para conocer de ellos el juez, **sala,** sección o subsección que conoce del asunto.

II.2 Generalidades de los impedimentos – Causal de interés directo.

La figura procesal del impedimento constituye un mecanismo orientado a garantizar el principio de imparcialidad, es por lo anterior que se ha tenido como elemento central de la figura del impedimento y/o de la recusación la interpretación restrictiva de su alcance y la taxatividad de las causales, bajo el entendido que quien decida apartarse de una determinada controversia debe explicar, justificar y comprobar la situación fáctica frente a la causal alegada.

En el asunto sub examine, el impedimento formulado por el Procurador Judicial II en asuntos administrativos, tiene como causales las previstas en los numerales 1 y 6 ^{0} del artículo 141 del C.G.P:

> *"1.Tener el Juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso".* (Subraya el Despacho).
>
> 6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado".

La causal primera de impedimento es conocida ampliamente por su subjetividad.

La doctrina procesal tradicional ha considerado que la prosperidad de esta causal depende o requiere la comprobación previa de dos (2) requisitos esenciales, a saber: el interés debe ser *actual* y *directo*.

> *"**Es directo** cuando el juzgador obtiene, para sí o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y **es actual**, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del Juez."*[1]

En este sentido, para que se configure un interés directo de tipo económico sobre un asunto, debe existir una ventaja patrimonial que se genere a partir de las resultas del proceso. Por su parte, cuando se habla de un interés de tipo actual, se debe demostrar una afectación presente al interés particular.

Así mismo, al referirse a un interés directo se está debatiendo pretensiones que generarían un resultado concomitante favorable o desfavorable en este caso para el Procurador, pues, puede crear un beneficio a favor de este con las resultas del proceso.

En cuanto a la casual de pleito pendiente es importante recordar que esta se configura cuando en causa propia el impedido o recusado haya controvertido ante la justicia la misma cuestión jurídica en la que debía participar, por lo que objetividad puede verse afectada.

II.3 Del estudio del caso concreto.

Al revisar el sistema Siglo XXI, se advierte que en efecto el Dr. Fernando Arias García funge como demandante en el medio de control tramitado por esta Corporación bajo el número 15001233300020150016 8-00, presentado en contra de la Nación – Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por medio del cual, se reclama el reajuste de salarios y prestaciones en los mismos términos del asunto de la referencia.

Entonces, que el impedimento presentado está fundado, pues se verificó la existencia de un interés actual y directo, así como de pleito pendiente, por lo que este será aceptado.

En atención a lo anterior, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 134 del CPAPA, para lo cual, se designará al Procurador 122 Judicial II,

---

[1] *CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena Auto 080A del 1º de junio de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.*

Edgar Andrés Quiroga Natale para que actué dentro del presente asunto como agente del Ministerio Público.

Por lo expuesto;

RESUELVE:

PRIMERO: Aceptar el impedimento presentado por el Procurador 46 Judicial II, doctor Fernando Arias García, para actuar como agente Ministerio Público en este proceso.

SEGUNDO: Designar en reemplazo del Procurador 46 Judicial II en asuntos administrativos, al Procurador Judicial 122 Dr. Edgar Andrés Quiroga Natale, como agente del Ministerio Público en este proceso.

TERCERO: Por Secretaría, comuníquese la anterior determinación al Procurador 122 Judicial II en asuntos administrativos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 20 de hoy, 16 FEB 2018
EL SECRETARIO

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 6 FEB. 2018

ACCIONANTE:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
ACCIONADO:	MUNICIPIO DE UMBITA – Acuerdo No. 26 del 7 de agosto de 2017
REFERENCIA:	150012333000201700755OO
ACCIÓN:	VALIDEZ DE ACUERDO MUNICIPAL
ASUNTO:	MODIFICACIONES PRESUPUESTALES

Decide la Sala en única instancia la solicitud de invalidez del Acuerdo No. 026 del 7 de agosto de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE UMBITA, *"Por medio del cual se otorgan facultades al Alcalde Municipal de Umbita para que realice modificaciones presupuestales dentro de la ley al presupuesto principal de rentas y gastos del Municipio de la presente vigencia 2016 (sic)"*.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Petición de invalidez (f. 2)

El DEPARTAMENTO DE BOYACÁ solicitó que se declare la invalidez del Acuerdo No. 026 del 7 de agosto de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE UMBITA en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 305-10 de la Constitución Política, con fundamento en los artículos 345 Superior.

1.2. Fundamentos de derecho (ff. 2-5)

Aseveró que el acuerdo acusado viola ostensiblemente la norma contenida en el artículo 305 de la CP, toda vez que autoriza al Ejecutivo Municipal para que una vez aprobado el acuerdo realice traslados presupuestales.

De la transcripción de un concepto emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la doctrina colombiana, invocadas en la demanda se

extrae que el cargo en el que se sustenta la presente solicitud de examen de validez consiste en la imposibilidad del Concejo Municipal para conceder autorizaciones al Alcalde para que *realice traslados presupuestales internos* sin alterar el monto total de los grandes agregados de funcionamiento, servicio de la deuda e inversiones del presupuesto General del Municipio aprobado para la vigencia fiscal del 2017.

Consideró que el Concejo le da una interpretación errónea a la Ley 1551 de 2012, capítulo V artículo 29, que modifica el artículo 91 literal g), pues dispone "incorporar dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las Entidades Nacionales o Departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución", sin embargo, para hacer dicha incorporación, la ley le da dicha facultad al ejecutivo, y no requiere decreto ni autorización del Concejo Municipal, y respecto de los demás movimientos, traslados y reducciones, son facultad del concejo y deben ser realizados por éste, sin poder ser transferidos al ejecutivo.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de invalidez del Acuerdo No. 26 de agosto de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE UMBITA – BOYACÁ (fl. 10-11) y sancionado por el Alcalde de dicho ente territorial (f. 13), fue admitida mediante auto del 27 de octubre de 2017 (f. 33).

En virtud de lo anterior, la providencia fue notificada personalmente a las partes e intervinientes, y el proceso fue fijado en lista por el término de diez (10) días para dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 171-1 del CPACA.

3. INTERVENCIONES

Guardaron silencio

3.1. Concepto del Ministerio Público

Luego de recopilar los antecedentes del proceso y de establecer el marco normativo pertinente, indicó que en el acuerdo acusado no se trata de un movimiento interno de recursos, sino de adiciones, traslados, reducción o aplazamiento de partidas destinadas a cofinanciación con entidades del nivel central o departamental.

Es decir que se mezclan facultades de reducción o aplazamiento de apropiaciones presupuestales, como adiciones o traslados presupuestales, que a todas luces son de competencia única del Concejo Municipal, pues los únicos traslados presupuestales internos permitidos serían los que exclusivamente afecten el anexo del decreto de liquidación del presupuesto, no el presupuesto en si mismo.

Entonces, que al poderse escindir el artículo primero del acuerdo demandado para establecer qué tipo de facultades pueden otorgarse al ejecutivo y cuáles no, solicita se declare su invalidez.

II. CONSIDERACIONES

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

1. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto se contrae a determinar si: *¿resulta contrario a derecho que el Concejo Municipal de UMBITA, mediante el Acuerdo No. 026 del 7 de agosto de 2017, autorice al Alcalde de la localidad para realizar traslados presupuestales, correcciones y aclaraciones de leyendas y numéricas que no cambien la destinación de los recursos?*

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De los traslados presupuestales

El presupuesto público es una herramienta fundamental para la ejecución de la política económica del Estado, y a su vez, se constituye en un mecanismo de racionalización a través del cual se efectúa una estimación anticipada de los ingresos y una autorización de los gastos públicos que han de ejecutarse dentro del período fiscal respectivo[1].

Como instrumento de gobierno y control, se fundamenta, entre otros, en los principios de separación de poderes y legalidad[2], los cuales se expresan en los artículos 338 y 345 de la Constitución, que en lo pertinente preceptúan:

> *"(...) ARTÍCULO 338.* ***En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales.*** *La ley, las*

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

> *ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.*
> *(...)*
> *ARTÍCULO 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.*
>
> ***Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.*** *(...)*" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

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

Esto último, se relaciona con el aludido principio de separación de poderes, que en el nivel nacional se refiere a que es al Congreso y no al Gobierno, a través de la ley anual de presupuesto, a quien corresponde decretar y autorizar los gastos del Estado, salvo cuando se declaran estados de excepción[5]. No obstante, dicho principio también irradia el proceso presupuestal en las entidades territoriales.

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

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

---

[3] CConst, C-947/2002, R. Escobar.
[4] CConst, C-148/2003, J. Córdoba.
[5] CConst, C-652/2015, L. Guerrero. En el mismo sentido, ver: CConst, C-357/1994, J. Arango; y CConst, C-192/1997, A. Martínez.

> *"(...) 11.* ***El conjunto de reglas que fija la Constitución Política en materia de la determinación del presupuesto, está basada en la vigencia efectiva del principio democrático, a través de la sujeción de la definición del gasto público a la decisión de los órganos de representación****. Así, en los términos del artículo 345 C.P., en tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación al tesoro que no se halle incluida en el de gastos. De manera correlativa, el precepto constitucional dispone que* ***tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales****, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto. A su vez, el artículo 347 C.P. establece que el proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Estas condiciones han sido enmarcadas por la doctrina bajo el* ***principio de legalidad del presupuesto****. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

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

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

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

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

Ahora bien, dentro en la etapa de ejecución del presupuesto naturalmente pueden presentarse situaciones en las que sea necesario adecuar el mismo a nuevas condiciones económicas o sociales que, por diferentes motivos, no fueron previstas durante la etapa de programación[6]. Para esos fines fueron establecidas reglas para la modificación del presupuesto, que en el Estatuto Orgánico del Presupuesto (EOP) están contempladas en los artículos 76 a 88 y son

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

aplicables a las entidades territoriales en virtud de lo dispuesto en los artículos 352 y 353 Constitucionales, y 109 del mismo estatuto[7].

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

> *"(...) 1. La **reducción o el aplazamiento de las apropiaciones presupuestales**, total o parcialmente, porque los recaudos del año pueden ser inferiores a los compromisos; o no se aprobaron nuevos recursos; o los nuevos recursos aprobados resultan insuficientes; o no se perfeccionan los recursos de crédito autorizados; o por razones de coherencia macroeconómica. (...)*
>
> *2. Las **adiciones al presupuesto o créditos adicionales**, para aumentar el monto de las apropiaciones o complementar las insuficientes, o ampliar los servicios existentes, o establecer nuevos servicios autorizados por la ley. La jurisprudencia distingue los créditos suplementales, que corresponden al aumento de una determinada apropiación, y los créditos extraordinarios, cuando se crea una partida. (...)*
>
> *3. Los **movimientos presupuestales** consistentes en aumentar una partida (crédito) disminuyendo otra (contracrédito), sin alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal, o sea, que sólo afectan el anexo del decreto de liquidación del presupuesto, se denominan '**traslados presupuestales internos**'. (...)"*[8] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

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

---

[7] *"(...) ARTÍCULO 109. Las **entidades territoriales** al expedir las normas orgánicas de presupuesto **deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto**, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)
[8] CE Consulta, 5 Jun. 2008, e11001-03-06-000-2008-00022-00(1889), W. Zambrano.
[9] *Ibíd.*
[10] CE 1, 16 Oct. 2014, r 2013-00222-01, M. Rojas

g) de la Ley 1551 de 2012, alusivo a la incorporación de recursos de cofinanciación de proyectos.

Por otra parte, un cuando el numeral 3° del artículo 313 de la Constitución preceptúe que los Concejos Municipales están facultados para autorizar al Alcalde respectivo para ejercer *pro tempore* precisas funciones de las que corresponden a aquel, **ha sido posición reiterada de este Tribunal que la mentada disposición no cobija las modificaciones al presupuesto, so pena de verse quebrantados los principios democrático y de legalidad**. Sobre esta circunstancia específica, en otras oportunidades esta Corporación se ha pronunciado así:

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

Y más recientemente se expuso:

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

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

No obstante, no sucede lo mismo con los **traslados presupuestales,** debido a que se trata de operaciones a través de las cuales se adelantan tanto créditos como contracréditos en el presupuesto que sólo afectan el anexo del decreto de liquidación sin exceder los montos totales aprobados por la Corporación Pública, **pueden ser adelantados por el**

---

[11] TAB, 13 Ago. 2014, r2014-0266-00, F. Afanador.
[12] TAB, 22 Jul. 2016, e15001233300020160030 7-00, O. Granados.

Alcalde directamente sin necesidad de autorización previa del Concejo Municipal.

Esto se extrae del contenido del artículo 2.8.1.5.6 del Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, que para las entidades del orden nacional señala:

> *"(...) ARTÍCULO 2.8.1.5.6. MODIFICACIONES AL DETALLE DEL GASTO.* ***Las modificaciones al anexo del decreto de liquidación que no modifiquen en cada sección presupuestal el monto total de sus apropiaciones de funcionamiento, servicio de la deuda o los programas y subprogramas de inversión aprobados por el Congreso, se realizarán mediante resolución expedida por el jefe del órgano respectivo****. En el caso de los establecimientos públicos del orden nacional, estas modificaciones se harán por resolución o acuerdo de las Juntas o Consejos Directivos, o por resolución del representante legal en caso de no existir aquellas. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En lo atinente a las entidades territoriales, la Sala de Consulta del Consejo de Estado ha extrapolado esta disposición indicando su aplicabilidad en los ámbitos municipal y departamental:

> *"(...)* [Los traslados presupuestales internos] ***Competen al jefe del órgano respectivo****, mediante resolución que debe ser refrendada por la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para su validez, y concepto previo favorable del Departamento de Planeación Nacional si se trata del presupuesto de inversión.*
>
> *Por su parte, en relación con el artículo 110 del mismo Decreto Ley 111 de 1996, con base en el cual se pregunta si el alcalde podría realizar traslados presupuestales sin autorización del concejo (pregunta 4), la Sala observa que* ***dicho artículo no modifica ni crea excepciones respecto de las reglas antes mencionadas****. En ese sentido, la capacidad para contratar que se regula en esa disposición legal, no se extiende a la posibilidad de modificar el presupuesto por fuera de lo previsto en las normas presupuestales aplicables en cada caso particular. (...)"*[13] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

El DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, en su Manual de Inversión Pública Nacional expedido en el año 2016, reitera lo anterior como sigue:

> *"(...) 6.1.1. Traslados*
>
> ***Es una operación a través de la cual se adelantan tanto créditos como contracréditos en el presupuesto de rentas o en el presupuesto de gastos.*** *Toda vez que esos traslados pueden modificar o no el monto aprobado por el Congreso de la República entre los niveles*

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

rentísticos o los programas y subprogramas del gasto de inversión, debe tenerse en cuenta que:

A. Si el traslado a realizarse requiere modificar los totales por nivel rentístico (Ver tabla 3) y el monto de gasto de inversión a nivel de programa y subprograma aprobados por el Congreso de la República, se requiere presentar la modificación a consideración del legislativo a través de un proyecto de ley, para lo cual debe tenerse en cuenta los requisitos establecidos en el EOP.

B. ***Los traslados que no modifican los totales por nivel rentístico y el monto de gasto de inversión programa y subprograma aprobados por el Congreso de la República, se adelantan por vía administrativa*** *y pueden ser de tres tipos: ordinario, vigencia expirada o cambio de fuente, sobre los cuales instruye el presente manual. (...)"*[14] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, únicamente los traslados que impliquen modificaciones al presupuesto por la creación de nuevos créditos o la adición de los existentes (traslados que generan adiciones presupuestales), requieren de la aprobación de la corporación de elección popular respectiva. Lo anterior cobra mayor claridad con la definición de traslado ordinario que ofrece la entidad de carácter técnico:

"(...) 6.1.1.1. Traslado Ordinario

Es un traslado presupuestal motivado por una justificación técnica y económica en el que se contracreditan los recursos libres de afectación de un proyecto de inversión para acreditarlos a otro. Esta operación presupuestal se adelanta mediante resolución del jefe del órgano respectivo *o, en el caso de los establecimientos públicos del orden nacional, a través de resolución o acuerdo de las juntas o consejos directivos, o por resolución del representante legal cuando ellos no existan. Ese acto requerirá la aprobación por parte de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional (DGPPN) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), previo concepto favorable de la Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas (DIFP) del DNP. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

En la misma línea, la Guía del Presupuesto Público Territorial emanada de la AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA enseña:

"(...) 4.5.2.4.2 Traslados Presupuestales

Consiste en surtir una apropiación insuficiente o agotada con los recursos sobrantes de otra, con lo cual no se altera el monto total del presupuesto. ***Con su viabilidad estaríamos evitando recurrir a modificaciones presupuestales****, por tanto los traslados constituyen un mecanismo de recomposición de las apropiaciones, no obstante su*

[14] Departamento Nacional de Planeación. *Manual de Inversión Pública Nacional. Modificaciones y autorizaciones al gasto de inversión del Presupuesto General de la Nación (PGN)*. Bogotá: 2016, p. 10.

> *excesiva utilización resulta indicadora de una mala programación y gestión presupuestal.*
> *(...)*
> *Los traslados pueden autorizarse atendiendo el nivel de desagregación presupuestal que afecte. Es decir,* ***si el traslado por ejemplo afecta el nivel de desagregación general aprobado por el*** (sic) ***CEP*** [corporación de elección popular] ***requerirá tramitar la correspondiente ordenanza o acuerdo; mientras que si afecta niveles de desagregación más bajos, procede el decreto o resolución ejecutiva***.
> *(...)*
> *Es importante aclarar que el mecanismo de traslado de disponibilidad procede en el caso del presupuesto de gastos, pues no es factible esta práctica en el caso de los ingresos, ya que estaría indicando el cambio de naturaleza del ingreso, de suceder el traslado de recursos de un rubro de ingreso a otro no sería indicativo de traslado sino de reclasificación presupuestal. (...)"*[15] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por lo tanto, los traslados presupuestales que solamente aumentan una partida disminuyendo correlativamente otra y no modifican el nivel de desagregación general aprobado por el Concejo Municipal, pueden efectuarse por Decreto o Resolución; mientras que las que sí lo hacen se traducen en adiciones presupuestales que deben contar con autorización de la citada corporación.

3. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta que el cargo esgrimido en el escrito introductorio se refieren a **(i)** la vulneración del artículo 345 de la Constitución Política, como quiera se autorizó al ejecutivo municipal para que realice traslados presupuestales, siendo esta una función inherente del Concejo Municipal; esta Corporación colige que fue acusado el artículo primero del Acuerdo No. 26 de agosto de 2017, que reza:

> *"(...) ARTICULO PRIMERO: Otórguese a partir de la vigencia del presente acuerdo facultades extraordinarias al Alcalde Municipal de Úmbita, para que realice modificaciones presupuestales dentro de la ley al presupuesto de rentas y gastos del municipio de Úmbita, hasta el 31 de octubre de 2017; si y solo si dichos recursos son adicionados, trasladados, reducidos y/o aplazados para cofinanciación con entidades del nivel central y/o departamental"*
> *(...)"*

Así las cosas, lo que se extrae del acuerdo acusado es que el Concejo Municipal de Úmbita está autorizando al Alcalde Municipal, para que realice *modificaciones* presupuestales solo en recursos que hayan sido

[15] Oficina de Estudios Especiales y Apoyo Técnico de la Auditoria General de la República. *Guía de presupuesto público territorial*. Bogotá: 2012, pp. 108-109.

adicionados, trasladados o reducidos y/o aplazados para cofinanciación con entidades de nivel central y departamental. La anterior decisión, se basó entre otros, en los artículos 79 y 83 del Decreto 111 de 1196 (sic), por el cual se entiende por modificaciones presupuestales, tanto adiciones como traslados, reducciones y aplazamientos, y que por efectos de las cofinanciaciones es necesario expedir certificados de disponibilidad en los menores tiempos posibles, necesitando realizar movimientos presupuestales para el trámite de la disponibilidad de recursos.

Al respecto, como se dijo en precedencia, los movimientos presupuestales que no impliquen adiciones al presupuesto (en los términos arriba estudiados) no requieren de autorización por parte del Concejo Municipal; o dicho de otra manera, si los traslados presupuestales no modifican el nivel de desagregación general aprobado por el Concejo Municipal, pueden efectuarse por parte del Alcalde por medio de Decreto o Resolución (acto administrativo motivado); en caso contrario, la modificación deberá ser aprobada de manera exclusiva y excluyente por la corporación edilicia.

Por lo tanto, como la autorización concedida al Alcalde Municipal de Úmbita por parte del Concejo Municipal excede sus facultades, al autorizar aspectos atribuidos al Alcalde que le implican en todo caso adiciones, traslados, reducciones y aplazamiento, resulta procede ser expulsado el Acuerdo del ordenamiento jurídico; en otras palabras, tal y como sostuvo el agente del Ministerio Público, como el acuerdo municipal no se puede escindir para establecer qué tipo de facultades se le pueden otorgar al ejecutivo, se entiende, que afecta las facultades propias del ejecutivo y por tanto, amerita la declaratoria de invalidez.

De otra parte, si bien no fue motivo del acuerdo acusado, debe tenerse presente como lo argumenta la entidad accionante, que si la facultad otorgada en el acuerdo acusado fue para hacer modificaciones en el presupuesto con relación a la "incorporación de recursos" provenientes de cofinanciación del nivel central y otros niveles, ello no requiere autorización de la Corporación edilicia, habida cuenta que la Ley 1551 de 2012, le otorga al ejecutivo como función propia la de: "*g) Incorporar dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución. Los recursos aquí previstos así como los correspondientes a seguridad ciudadana provenientes de los fondos territoriales de seguridad serán contratados y ejecutados en los términos previstos por el régimen presupuestal*", y por tanto, se extralimita el Concejo Municipal en sus funciones.

Por lo anterior, se declarará la invalidez del acuerdo acusado, por las razones expuestas en esta providencia.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la invalidez del Acuerdo No. 026 del 7 de agosto de 2017, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE UMBITA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICADO EN ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 20 de hoy 2018
EL SECRETARIO

Folio 8

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Tunja, 07 FEB 2018

Acción : **Validez de Acuerdo Municipal**
Demandante : **Departamento de Boyacá**
Demandado : **Municipio de Tutazá**
Expediente : **15001-23-33-000-2017-00779-00**

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. 022 del 26 de agosto de 2017 "*Por medio del cual se concede una autorización para celebrar compromisos que afectan vigencias futuras para la ejecución de proyectos de inversión*".

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor que por esta Corporación se declare la invalidez del Acuerdo No. 022 del 26 de agosto de 2017 expedido por el Concejo Municipal de Tutazá.

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 Tutazá expidió el Acuerdo Municipal No. 022 del 26 de agosto de 2017, el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento de Boyacá el 27 de septiembre de 2017.

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

Estima como normas violadas los artículos 23, 14, 89, 109 del Decreto 111 de 1996, los artículos 8 y 12 de la Ley 819 de 2003, el artículo 3 del Decreto 4836 de 2011 y el artículo 345 de la Constitución Política.

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 Tutazá desconoce las normas antes descritas, por las siguientes razones:

Asegura que los artículos 1° y 2° del acuerdo demandando desconoce lo que sobre el particular prevé el artículo 12 de la Ley 819 de 2003.

Estima que el mencionado acuerdo no se enmarca bajo el concepto de vigencias futuras excepcionales sino por el contrario son vigencias futuras ordinarias según lo previsto en el artículo 12 de la Ley 819 de 2003.

Afirma que la citada autorización establece o incorpora los montos que se deben ejecutar en cada una de las vigencias futuras autorizadas, acorde al cronograma de avance físico de las obras o, el recibo de los bienes y servicios que se pretenden contratar según sea el caso, "*...pero se observa que el sentido que se le dan a estas vigencias no es el adecuado, por no tratarse de vigencias futuras excepcionales, como se especifica tanto en el título del acuerdo, como en los artículo primero y segundo*".

Por último, arguye que en el acuerdo el sentido en que se dan las vigencias no es el adecuado por cuanto no se trata de una vigencia futura excepcional sino que se trata de vigencia futura ordinaria, ya que según la norma se debe tener presupuestado en la presente vigencia al menos el 15% del valor total de la

inversión, sin que esto quiera decir que si supera ese valor ya se trate de vigencias futuras excepcionales.

III. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda se presentó ante la Oficina Judicial de Tunja el 19 de octubre de 2017 siendo admitida por el despacho mediante providencia del 27 de octubre de 2017 (fl. 37), sometiéndola a las ritualidades propias del proceso previstas en el artículo 151 del C.P.A.C.A. y en el Decreto 1333 de 1986.

2. Dentro del término de fijación en lista (fl.40), se pronunció **el Municipio de Tutazá (f. 42),** solicitando que se declare la validez del acuerdo No. 022 del 26 de agosto de 2017.

Sostiene que no es verdad que el Acuerdo 022 de 2017 sea contrario a la ley, toda vez que en la parte motiva del acto demandado solo se hace una descripción de las vigencias futuras ordinarias y excepcionales como sustento legal para que el Concejo Municipal le diera el trámite legal, sin que se haga mención rigurosa en la parte resolutiva.

Manifiesta que el título del acuerdo es concordante con el artículo primero en el cual se explica los proyectos de acuerdo que requieren, el valor total del proyecto, el valor existente apropiado en el año 2017 y el valor requerido como apropiación de vigencia futura en el 2018.

Asegura que de la lectura del citado acuerdo se deduce plenamente que se trata de vigencias futuras ordinarias donde el municipio debe contar mínimo con el 15% y el cuadro lo refleja plenamente al consignar que en el 2017 se cuentan con recursos apropiados por la suma de $189.694.924 y que sumados con la vigencia futura autorizada dan el valor total del proyecto que es de $369.795.835, por ende, cumple lo descrito en el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 literales a, b y c.

Aduce que existen documentos que soportan y sustentan el proyecto de acuerdo así: "*el presupuesto detallado de obra que es necesaria para cumplir con el convenio interadministrativo No. 1088 de 2017, suscrito entre la nación, ministerio del interior, fondo nacional de seguridad y convivencia ciudadana, FONSECON y el municipio de Tutazá, cuyo objeto se relaciona con aunar esfuerzos técnicos, administrativos, financieros, entre las partes para promover la convivencia ciudadana, a través de la ejecución del centro de integración ciudadana CIC*".

Por último, considera que la vigencia futura es necesaria para realizar obras de estabilización y de esta manera poder cumplir con el objeto del convenio, encontrándose dentro de las responsabilidades del municipio, para ello el presupuesto de obra que firma la secretaria de planeación. También trae como soporte la certificación de la secretaria de Hacienda sobre existencia de los recursos para iniciar los trabajos en el 2017 y de copia del acta de consejo de política fiscal municipal, con lo cual se corroboran los requisitos exigidos en el artículo 10 y 12 de la Ley 819 de 2003 para considerarse como vigencia ordinaria.

3. Mediante providencia del 29 de noviembre de 2017 (fl. 84), 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

Corresponde a la Sala examinar si el Concejo Municipal de Tutazá al expedir el Acuerdo Nº 022 del 26 de agosto de 2017 *"Por medio del cual se concede una autorización para celebrar compromisos que afectan vigencias futuras para la ejecución de proyectos de inversión"*, desconoció los artículos 23, 14, 89 y 109 del Decreto 111 de 1996, los artículos 8 y 12 de la ley 819 de 2003, el artículo 3 del Decreto 4836 de 2011 y el artículo 345 de la Constitución Política, como quiera que el Departamento de Boyacá estima que lo aprobado no se trata de una vigencia futura excepcional sino que se trata de una vigencia futura ordinaria.

De acuerdo con el problema jurídico planteado también se considera indispensable abordar previamente i) los límites del estudio del juez en sede de validez; y ii) el tema de orden presupuestal de las vigencias futuras.

2. De los límites del estudio del juez en sede de validez[1]

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] Tema abordado por la MP. Clara Elisa Cifuentes Ortiz en la sentencia de 26 de octubre de 2017, Demandante: Departamento de Boyacá. Demandado: Municipio de Tenza. Expediente: 15001-2333-000-2017-00637– 00 *"Invalidez Acuerdo Municipal No. 018 de 6 de julio de 2017"*

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.

3. **Vigencias futuras**

Las vigencias futuras son operaciones de gasto, "*...de suerte que dichas apropiaciones presupuestales se entienden ejecutadas cuando se desarrolle el objeto de las mismas en cada vigencia fiscal*"[3].

En relación con la facultad de comprometer vigencias futuras, el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 señala que para comprometerlas es necesario que el Concejo por iniciativa del alcalde, las apruebe, que exista previa autorización del *"Confis"* o del organismo que haga sus veces en el municipio y que la inversión que origina el compromiso de la vigencia futura se encuentre en el Plan de Desarrollo.

Igualmente, que la autorización del *"Confis"* solamente procede si la vigencia futura no supera el período de gobierno respectivo a excepción de los proyectos de inversión que se consideren de importancia estratégica para el municipio. Finalmente, establece la prohibición a las entidades territoriales de

[3] Ley 819 de 2003, artículo 12 y Decreto 2681 de 1993, artículo 63

comprometer vigencias futuras en el último año de gobierno del respectivo alcalde, excepto cuando se trate de la celebración de operaciones conexas de crédito público.

Así pues, el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 "*Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones*" consagra lo siguiente:

> **"Vigencias futuras ordinarias para entidades territoriales.** En las entidades territoriales, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces.
>
> Se podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:
>
> a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1° de esta ley;
>
> b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;
>
> c) Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.
>
> La corporación de elección popular se abstendrá de otorgar la autorización si los proyectos objeto de la vigencia futura no están consignados en el Plan de Desarrollo respectivo y si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración, se excede su capacidad de endeudamiento.

La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno previamente los declare de importancia estratégica.

En las entidades territoriales, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura, en el último año de gobierno del respectivo alcalde o gobernador, excepto la celebración de operaciones conexas de crédito público.

Parágrafo transitorio. La prohibición establecida en el inciso anterior no aplicará para el presente período de Gobernadores y Alcaldes, siempre que ello sea necesario para la ejecución de proyectos de desarrollo regional aprobados en el Plan Nacional de Desarrollo" (subrayado fuera de texto)

Sobre el particular, es preciso atender lo manifestado por el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 23 de octubre de 2003, Radicación No.1520, que sobre el régimen vigente de compromiso de vigencias futuras conceptuó:

"...

Las anteriores disposiciones fueron modificadas por la Ley 819 de 09 de julio de 2003 - Capitulo II sobre Normas Orgánicas Presupuestales de Disciplina Fiscal-, la cual distingue el caso de vigencias futuras ordinarias referido a la asunción de obligaciones que comprenden recursos de la vigencia fiscal en curso (art. 10), del evento de las vigencias futuras extraordinarias, para casos excepcionales, cuando se asumen obligaciones sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización (art. 11).

El artículo 10°., sobre vigencias futuras ordinarias, modifica el artículo 9 de la ley 179 de 1994, de cuya nueva regulación debe destacarse: a) la asignación de competencia al CONFIS para expedir el acto de autorización de la asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras cuando se inicie con presupuestos de la vigencia en curso - anteriormente en cabeza de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero que actualmente puede ser delegada conforme al parágrafo-b) la observancia de las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo, nuevo instrumento de política fiscal y presupuestal aplicable también a las entidades territoriales, el cual debe ser presentado en los departamentos anualmente (art. 5 de la ley 819), en los distritos y municipios de categoría especial 1 y 2, a partir de la vigencia de la ley 819, esto es, del 9 de junio del 2003- en los municipios de categorías 3, 4, 5 y 6 a partir de la vigencia 2005-, c) la fijación de un porcentaje mínimo del 15% de apropiación presupuestal de la vigencia en que sea autorizada y d) la limitación

temporal de la autorización al respectivo periodo de gobierno. Se reitera del régimen anterior la exigencia de concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo, cuando se trate de proyectos de inversión y la exigencia de incluir en posproyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para cubrir los compromisos de gasto público futuro autorizado.

Este tipo de asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras denominadas por la ley "ordinarias" cuenta con regulación especial aplicable a las entidades territoriales, contenida en el artículo 12 de la ley 819, del siguiente tenor... (Subrayado fuera del texto).

Para la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, sin apropiación en el presupuesto del año, en que se concede la apropiación (**vigencias futuras excepcionales**), los municipios deben cumplir con los siguientes requisitos[4]:

a. Las vigencias futuras excepcionales sólo podrán ser autorizadas para proyectos de infraestructura, energía, comunicaciones, y en gasto público social en los sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, que se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los respectivos bancos de proyectos.

b. El monto máximo de las vigencias futuras, el plazo y las condiciones de los mismos, deben consultar las metas plurianuales del marco fiscal de mediano plazo.

c. Se debe contar con la aprobación previa del Confis territorial o el órgano que haga sus veces.

[4] Ley 819 de 2003, artículo 5° y Ley 1483 de 2011, artículo 1°.

d. Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional, deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

De lo expuesto, se puede colegir que la figura jurídica del compromiso de vigencias presupuestales futuras no se encuentra prohibida por la Constitución ni por la ley, y está expresamente regulada por la Ley Orgánica de Presupuesto, Ley 819 de 2003, diferenciándose las vigencias futuras ordinarias, esto es, para proyectos cuya ejecución se inicien con el presupuesto de la vigencia en curso, de las vigencias futuras extraordinarias, referidas a la asunción de obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.

No obstante, en todo caso, la autorización para comprometer vigencias futuras no puede superar el respectivo período de gobierno, excepto cuando se trate de proyectos de gastos de inversión que el Consejo de Gobierno previamente declare de importancia estratégica. Así mismo, en el último año de gobierno del respectivo alcalde no se podrá aprobar vigencias futuras, excepto para la celebración de operaciones conexas de crédito público.

Igualmente, para autorizar vigencias futuras ordinarias se debe indicar el monto máximo, plazo y condiciones de las mismas, lo que implica que "*al autorizar vigencias futuras se debe analizar el impacto que tienen como componente del gasto y por tanto su efecto en la determinación de la meta de Superávit Primario (de forma que la autorización de las mismas no vaya en detrimento de dicho superávit) o de la sostenibilidad de la deuda*"[5]; y también se debe disponer como mínimo de una apropiación del 15% en la vigencia

[5] Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Oficio No. 016661-25-06-10, dirigido al Secretario de Infraestructura Física-Gobernación de Arauca, Asunto: Radicado 1-2010-036286, Tema: Contratación.

fiscal en la que estas sean autorizadas, "*...es decir, que del monto de las vigencias futuras a autorizar, la entidad territorial deberá contar como mínimo con una apropiación del 15% de ese valor, en la vigencia fiscal en la cual sean autorizadas...*".

4. **CASO CONCRETO.**

En el presente caso, el Concejo Municipal de Tutazá mediante el Acuerdo No. 022 del 26 de agosto de 2017 concedió una autorización para celebrar compromisos que afectan vigencias futuras para la ejecución de proyectos de inversión, así:

"7. Que respecto a los requisitos para asumir esta vigencia futura se aclara que no **afecta las metas del marco fiscal de mediano plazo**, y **no afectan en absoluto la capacidad de endeudamiento del municipio**, en la medida en que se trata de **recursos con los que ya cuenta el municipio en la vigencia fiscal 2017.**
...

ACUERDA:

ARTÍCULO PRIMERO: AUTORIZAR LA CELEBRACIÓN DE COMPROMISOS QUE AFECTAN VIGENCIAS FUTURAS PARA LA EJECUCIÓN DEL SIGUIENTE PROYECTO"

PROYECTO	VALOR	APROPIADO EN 2017	VIGENCIA FUTURA 2018
1.Obras de Adecuación y Estabilización Predio Para el Proyecto del Centro de Integración ciudadana – Cic – Tipo 2 Municipio de Tutazá Boyacá	$368.795.835	$189.694.924	$179.100.911
TOTAL	$368.795.835	$189.694.924	$179.100.911

El valor apropiado en la vigencia supera el 15% de lo requerido por la norma del total de la vigencia futura.

El total autorizado para la vigencia futura será de **$179.100.911**

ARTÍCULO SEGUNDO: La autorización concedida al ejecutivo municipal a través del presente acuerdo, solo podrá comprometer recursos del presupuesto de

la vigencia fiscal del año 2018, se utilizara de manera exclusiva para financiar los proyectos, obras y servicios relacionados en el artículo precedente..."

Del mismo modo, se allega el Acta del Consejo de Política Fiscal (CONFIS) Municipal, visible a folios 15 y 63, expedida el 31 de julio y el 24 de agosto de 2017, en la que se da el aval para ejecutar el proyecto denominado "*Obras de adecuación y estabilización predio para el proyecto del centro de integración ciudadana CIC tipo 2 municipio de Tutazá Boyacá*" en el sentido que el proyecto tiene un valor total de $368.795.835 pesos, apropiando en el 2017 más de la mitad, es decir, $189.694.924 pesos y el restante en la vigencia futura 2018 por el monto de $179.100.911 pesos. También se advierte que el citado proyecto se presentará a consideración del Concejo Municipal para el respectivo trámite legal y aprobación del mismo, "*dado que las obras son importantes para desarrollar el proyecto de CIC firmado con el Gobierno Nacional*".

De lo anterior se puede deducir, que para que se pueda hablar de autorizaciones para comprometer vigencias futuras es necesario tanto para ordinarias como para extraordinarias **la afectación del presupuesto de las vigencias futuras, valga la redundancia**, es decir, las ordinarias para proyectos cuya ejecución **se inicie** con el presupuesto de la vigencia en curso, y las extraordinarias, referidas a la asunción de obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras **sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.**

Como se dejó consignado en el problema jurídico, el debate se contrae determinar si el Concejo Municipal de Tutazá al expedir el Acuerdo N° 022 del 26 de agosto de 2017 "*Por medio del cual se concede una autorización para celebrar compromisos que afectan vigencias futuras para la ejecución de proyectos de inversión*", desconoció los artículos 23, 14, 89 y 109 del Decreto 111 de 1996, los artículos 8 y 12 de la ley 819 de 2003, el artículo 3 del Decreto 4836 de 2011 y el artículo 345 de la Constitución Política, como

quiera que el Departamento de Boyacá estima que lo aprobado no se trata de una vigencia futura excepcional sino que se trata de una vigencia futura ordinaria.

En el presente caso se evidencia que se afectó el presupuesto de 2017 en una proporción mayor al 15%, es decir por la suma de $189.694.924 pesos, afectando también el presupuesto de la vigencia futura de 2018 por la suma de $179.100.911 pesos, para un total de $368.795.835 pesos, en consecuencia, en el presente caso el Concejo Municipal de Tutazá autorizó la celebración de compromisos que afectan VIGENCIAS FUTURAS ORDINARIAS, y no excepcionales como lo afirma el departamento de Boyacá.

Así pues, es evidente que se autorizó la apropiación de recursos para ejecutar el proyecto denominado "*Obras de Adecuación y Estabilización Predio Para el Proyecto del Centro de Integración Ciudadana – Cic Tipo 2 Municipio de Tutazá Boyacá*", no solo del 2018, sino también del 2017 como se aprecia en el cuadro visible en el artículo 1° del acto demandado. Además, las apropiaciones del 2017 superan ampliamente el porcentaje mínimo exigido para comprometer vigencias futuras ordinarias, consistente en el 15% en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas, que para el presente caso fue el 2017 y las apropiaciones del año 2018 comprende el dinero faltante presupuestado para dicho proyecto.

Sin embrago, en el artículo segundo del acto demandado se evidencia una contradicción que tal vez fue lo que fundamentó la presente demanda e hiciera pensar al departamento de Boyacá que en el presente caso se autorizó vigencias futuras excepcionales, como quiera que se consigna que la autorización concedida al alcalde municipal "*solo podrá comprometer recursos del presupuesto de la vigencia fiscal del año 2018...*".

No obstante, es evidente en las consideraciones que lo aprobado en el presente caso por el Concejo Municipal fue la celebración de compromisos que afectan

vigencias futuras ordinarias para la ejecución del citado proyecto y en ese entendido se declarará la validez del acuerdo No. 22 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 VALIDEZ del Acuerdo 022 del 26 de agosto de 2017 proferido por el Concejo Municipal de Tutazá.

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

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

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifico por estado
No. 20 de hoy 08 FEB 2018
EL SECRETARIO

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 6 FEB. 2018

ACCIÓN:	REPETICION
REFERENCIA:	15000233000-**2017-00793**-00
ACCIONANTE:	E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA
ACCIONADO:	JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA y Otros

La E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, a través de apoderado judicial, presenta demanda de Repetición, de que trata el Artículo 90 de la Carta Política, contra JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA y Otros, a efectos de que se declare la responsabilidad civil y patrimonial de los demandados por haber sido causante a título de dolo y culpa grave, los daños que la entidad tuvo que sufragar con ocasión de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 2004-2191 adelantada ante esta corporación, donde se profirió sentencia de segunda instancia el día 14 de agosto de 2014. De igual manera, solicita se condene a JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA y Otros a pagar la suma de ($458.624.025) que corresponde a la totalidad de la suma de dinero que sufragó la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, con ocasión de la condena impuesta. Acción que **será rechazada** por CADUCIDAD, en atención a las consideraciones que a continuación se enuncian.

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

En efecto, no cabe duda de que la caducidad es una institución jurídica que impide que las situaciones puedan ser debatidas en cualquier tiempo ante la jurisdicción, lo cual contrariaría el principio de seguridad jurídica y permitiría la permanencia indefinida de los conflictos en el tiempo[1]. **Precisamente por su carácter de norma de orden público es posible que su configuración pueda ser declarada en tres momentos:** *i)* **al examinar la admisibilidad de la demanda (artículo 169 del CPACA),** *ii)* **a petición de parte o de oficio, como**

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

excepción (art. 180-6 CPACA) o, ***iii)*** **en la sentencia (art. 187 CPACA); esto, en caso de no haber sido advertida con anterioridad.**

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

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

De otra parte, el artículo 11 de la Ley 678 de 2001[2] señaló que:

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

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

Bajos los preceptos anteriores y conforme a reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado[4], se debe entender que existen dos momentos a partir de los cuales puede iniciarse el cómputo del término de la caducidad del medio de control de repetición:

---

[2] *"Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición".*

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

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

i) A partir del día siguiente al pago total de la condena o,

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

Clarificado lo anterior, en el *sub lite* se advierte que la sentencia condenatoria fue emitida el 25 de noviembre de 2011 (fl. 15-32) y confirmada por esta Corporación el 14 de agosto de 2014 (fl. 36-61), el edicto fue fijado el 9 de septiembre de 2014 y desfijada el 11 del mismo mes y año[5], por lo que quedó ejecutoriada el 15 de septiembre de 2014, luego los 18 meses para pagar la obligación fenecían en marzo de 2016, siendo entonces del caso contabilizar el término de caducidad, a partir del último pago efectuado por la entidad demandante en repetición, que de acuerdo a los hechos de la demanda y los comprobantes de egreso se observa como último pago el 31 de julio de 2015 (fl. 76), por lo que el plazo máximo con que contaba la entidad para interponer la acción de repetición concluían el 3 de agosto de 2017.

Teniendo en cuenta que la demanda interpuesta por la parte demandante a través del medio de control de repetición tan solo fue interpuesta el **23 de octubre 2017** (fl. 107), es claro deducir que se presentó por fuera del término establecido en la norma estipulada para el efecto.

De otra parte, es necesario aclarar, que no se puede pretender tener en cuenta la fecha máxima con que contaba la entidad para efectuar el pago de la obligación (18 meses) como término para iniciar a contabilizar la caducidad, habida cuenta que el artículo 164 del CPACA es muy claro en los momentos en que se puede iniciar el computo de la caducidad, estableciéndose que se contaran a partir del día siguiente al pago total de la condena.

Bajo las consideraciones expuestas, resulta pertinente declarar la caducidad del medio de control, declarando el rechazo de la demanda, conforme lo preceptúa el numeral 1° del artículo 169 del CPACA.

Finalmente, esta Corporación no puede pasar por alto las actuaciones tardías de la entidad demandante, al presentar el medio de control de repetición, superando el término establecido para el efecto conforme con las normas consagradas en el CPACA y la

---

[5] *Conforme a la información contenida en la página de consulta de procesos de la Rama Judicial.http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=1L4NTgZ9dyNGhwYvKgsNptUT5Es%3d*

jurisprudencia aplicable al respecto, toda vez que se observa que los pagos efectuados por la entidad demandante se realizaron parcialmente generándose como último pago en el mes de julio de 2015 y solamente hasta el 23 de febrero de 2017 fue levantada Acta del comité de conciliación de la E.S.E., Hospital San Rafael, en la que se otorga visto bueno para iniciar la presente acción de repetición (fl. 87-96), en injustificada dilación de los deberes de los funcionarios del Estado, de manera que se compulsarán copias a la Procuraduría General de la Nación, para que efectúe las investigaciones a que haya lugar.

D E C I S I O N

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: RECHAZAR la demanda de la referencia formulada por **la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA,** contra **JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA y Otros,** por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICADO POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 20 de hoy 2019

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, - 7 FEB 2018

Demandante : *UGPP*
Demandado : *María Lourdes Fagua Jiménez*
Expediente : *15001-2333-000-**2017-0096**300*
Medio de Control: ***Nulidad y Restablecimiento del Derecho***

Al momento de estudiar la admisión de la demanda se observa que se propuso como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado (fl. 20 -27).

*El artículo 233 del CPACA, establece el procedimiento para la adopción de medidas cautelares y señala que, en auto separado se ordenará correr traslado de la solicitud de la medida para que el demandado se pronuncie sobre ella y que esta decisión se notificará en **forma conjunta con el auto admisorio de la demanda**.*

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

1. *De la solicitud de medida cautelar córrase traslado a la demandada para que se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, conforme al artículo 233 del CPACA. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.*
2. *Notifíquese esta providencia **simultáneamente** con el auto admisorio de la demanda.*

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
MAGISTRADA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
CONSTANCIA DE NOTIFICACION POR ESTADO ELECTRONICO

El auto que antecede, de fecha _____ de dos mil dieciocho (2018), 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

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, - 7 FEB 2018

Demandante : *UGPP*
Demandado : *María Lourdes Fagua Jiménez*
Expediente : *15001-2333-000-**2017-0096**300*
Medio de Control: ***Nulidad y Restablecimiento del Derecho***

Ingresa el expediente al Despacho para resolver sobre la admisión de la demanda.

Mediante auto de 15 de diciembre de 2017 este despacho inadmitió la demanda porque i) los hechos no estaban debidamente determinados de conformidad con el numeral 3º del artículo 162 del CPACA; y ii) no fue allegado el certificado de vigencia del poder general otorgado mediante la Escritura Pública Nº 565 de la Notaría 40 de Bogotá D.C. (fl. 228 a 229).

*Sin embargo, mediante escrito presentado el 29 de enero de 2018, la profesional del derecho Ligia Esther Castillo Cárdenas manifestó su inconformidad con aquella decisión con fundamento en que "el poder que me fue conferido por Escritura Pública Nº 565 de la Notaría 40 de Bogotá D.C., es idóneo para que me sea reconocida personería jurídica para actuar dentro de este proceso, pues como consta en la dicha Escritura, reitero, el poder fe conferido a la suscrita por la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP** y no ha sido revocado aún por ésta Entidad, lo cual conlleva a que el mismo goce de plena vigencia para la representación judicial de la Entidad" (Fl. 133) (Resaltado fuera de texto original)*

Si bien, lo procedente en este caso era el recurso de reposición (Art. 242 del CPACA) para que la decisión se repusiera, lo cierto es que la solicitud fue presentada una vez transcurrido tres (3) días desde su notificación –término para presentar el recurso- y dentro de la oportunidad para corregir la demanda.

Por otra parte, en el escrito, la abogada omitió pronunciarse sobre los hechos de la demanda, tal como fue solicitado en el auto inadmisorio.

A pesar de lo expuesto y en virtud del derecho al acceso a la administración de justicia y la primacía del derecho sustancial sobre las formas, el despacho procederá a la admisión de la demanda.

En efecto, el artículo 11 del CGP contempló que el Juez al interpretar la ley procesal, deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

La Corte Constitucional ha reiterado que el "principio fundante del Estado Social de Derecho implica que su objetivo principal es garantizar la eficacia de los derechos fundamentales. Por consiguiente, no se puede dar prevalencia a los procedimientos, ni a los instrumentos procesales, sobre el derecho sustancial[1]*. El acatamiento de este principio "implica que* ***las normas procesales deben interpretarse teleológicamente al servicio del fin sustantivo****, sin que ello implique que sean irrelevantes o que deban ser ignoradas, pues (...)* ***ellas constituyen garantía del derecho al debido proceso de las partes, de modo que norma y contenido son inseparables para efectos de hacer efectivo este derecho****"*[2] *(Destaca la Sala)."*[3]

Así entonces, se entenderá bajo la gravedad de juramento la manifestación de la doctora Ligia Esther Castillo Cárdenas en el sentido que el poder otorgado por la entidad no ha sido revocado (fl. 133), y se le reconocerá personería para actuar.

Ahora, en relación con la falta de corrección de los hechos, se dirá que es subsanable durante el trámite del proceso, y las condiciones de la demanda permiten trabar la relación procesal.

En mérito de lo expuesto, se ***RESUELVE:***

1. ***Admitir*** *la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP contra María Lourdes Fagua Jiménez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

2. ***Notificar*** *personalmente el contenido de esta providencia a María Lourdes Fagua Jiménez identificada con cédula de ciudadanía N° 46.676.249 de Chiquinquirá, como lo ordena el artículo 199 del CPACA modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de*

---

[1] *T-114 de 2010.*
[2] *Ver Sentencia 872 de 2002 y T-204 de 1997.*
[3] *Auto 090 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo*

2012, y córrasele traslado de la demanda por el término de treinta (30) días conforme el artículo 172 del CPACA. Notifíquese este auto por estado a la parte demandante conforme al artículo 171 núm. 1 del CPACA.

La formulación de excepciones previas ***deberá*** *presentarse en* ***escrito separado*** *como lo dispone el* ***artículo 101 del Código General del Proceso.***

3. ***Notificar*** *personalmente al Señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, a través del buzón electrónico, tal como lo ordena el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 (C.G.P.) que modificó el artículo 199 del CPACA.*

4. ***Fijar*** *como gastos ordinarios del proceso la suma de* ***doce mil doscientos pesos ($12.200)*** *distribuidos así:*

- *Siete mil pesos ($7.000) para la notificación a la demandada*
- *Cinco mil doscientos pesos ($5.200) para el traslado del Procurador Delegado ante este Tribunal.*

Estas sumas de dinero se deberán consignar en la cuenta de ahorros No. 4-1503-0090030-1 del Banco Agrario de Colombia. Su pago deberá acreditarse dentro de los cinco (5) días en la Secretaría del Tribunal, so pena de dar aplicación al artículo 178 del CPACA.

8.- *Notificar esta providencia por estado electrónico en los términos del artículo 201 del CPACA y envíese mensaje de datos a la parte actora a la dirección electrónica indicada a folio 19.*

Notifíquese y cúmplase

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
CONSTANCIA DE NOTIFICACION POR ESTADO ELECTRONICO

El auto que antecede, de fecha _____ de dos mil dieciocho (2018), 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
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 6 FEB. 2018

DEMANDANTE:	LUIS ALBERTO GORDILLO VALDERRAMA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE PUERTO BOYACÁ
REFERENCIA:	150012333000**201700985**-00
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
ASUNTO:	RECHAZA DEMANDA - ACTOS NO SUSCEPTIBLES DE CONTROL JUDICIAL

Verificado el expediente, se observa que se encuentra el proceso para resolver sobre la admisibilidad de la demanda. No obstante, la Sala considera que la misma debe ser **rechazada de plano** por las razones que a continuación se exponen:

Las pretensiones de la demanda se encaminan a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 578 del 12 de junio de 2017 y 752 del 7 de julio de la misma anualidad, a través de los cuales la entidad accionada *"resuelve un procedimiento administrativo de hacer efectiva la garantía de anticipo"* y confirma con aclaraciones la anterior decisión, respectivamente, y como consecuencia de lo anterior, se pague al accionante *"el valor de los daños generados"* (f. 2).

En este punto, a manera de conclusión preliminar debe decirse que el medio de control adecuado en este caso no es el de nulidad y restablecimiento del derecho -como lo esgrime la parte actora- sino el de controversias contractuales, en razón a que los actos acusados fueron expedidos con ocasión de la ejecución de un contrato previamente suscrito (Contrato No. 543 de 2011), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA[1].

---

[1] *"(...) ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento,* ***que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales****, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.*

Ahora bien, el primero de los actos demandados señala lo siguiente en su parte resolutiva (ff. 120-121):

> *"(...) ARTÍCULO PRIMERO- Hágase* (sic) *efectivos los amparos de cumplimiento y anticipo contenidos en la Póliza de seguro de cumplimiento No. 39-44-101041057 expedida por seguros* (sic) *del Estado S.A. con sus respectivos rendimientos financieros, además junto a todos los anexos,* ***constitúyase para ello título ejecutivo complejo*** *-de acuerdo a las facultades legales conferidas* (sic) *el artículo 68 numeral 5 del decreto 01 de 1984 en concordancia con el artículo 297 de la ley 1437* (sic)*- con los siguientes documentos:*
>
> *1. Contrato 543 de 2011 junto con sus suspensiones, prorrogas* (sic) *y adicionales.*
> *2. Póliza de seguro de cumplimiento No. 39-44-101041057 expedida por seguros* (sic) *del Estado S.A., junto a todos sus anexos.*
> *3. Los informes de supervisión e interventoría donde constan las actividades y la inversión de los recursos del estado realizadas por la parte contratista constituida por la UNIÓN TEMPORAL CADAIVA GORDILLO, respecto del contrato 543 de 2011, cuyo objeto es 'CONSTRUCCIÓN ÁREA DE HOSPITALIZACIÓN PEDIÁTRICA HOSPITAL JOSÉ CAYETANO VÁZQUEZ DEL MUNICIPIO DE PUERTO BOYACÁ, BOYACÁ'.*
> *4. Órdenes de pago y desembolsos realizados a la UNIÓN TEMPORAL CADAIVA GORDILLO, respecto del contrato 543 de 2011, cuyo objeto es 'CONSTRUCCIÓN ÁREA DE HOSPITALIZACIÓN PEDIÁTRICA HOSPITAL JOSÉ CAYETANO VÁZQUEZ DEL MUNICIPIO DE PUERTO BOYACÁ, BOYACÁ'.*
>
> *ARTÍCULO SEGUNDO-* ***Una vez se constituya el título ejecutivo complejo, procedase*** (sic) ***a iniciar la acción contractual ante la jurisdicción contenciosa administrativa competente, con el fin de hacer efectivas las garantías de cumplimiento y anticipo contenidas en la póliza de seguro de cumplimiento No. 39-44-101041057 expedida por seguros (sic) del Estado S.A.*** *teniendo en cuenta los valores determinados en la Resolución No. 235 de fecha 18 de marzo de 2015, decisión que fue confirmada a través de la resolución 791 del 10 de julio de 2015, así:*
>
> *Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria con ocasión del incumplimiento del contratista, por un valor total de OCHENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTE* (sic) *SEIS CENTAVOS ($86.705.774,26), junto a sus respectivos rendimientos financieros.*
>
> *Hacer efectiva* (sic) *el anticipo con ocasión del incumplimiento del contratista, por un valor total de QUINIENTOS DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL CINCUENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS ($518.581.056,85), junto a sus respectivos rendimientos financieros. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por su parte, el segundo acto acusado se ocupó de aclarar el anterior de la manera que sigue (f. 136):

> *"(...) ARTÍCULO PRIMERO.- Aclarar el artículo segundo, inciso final* (sic) *de la resolución 578 de fecha 12 de junio de 2017 que decreta 'Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria con ocasión del incumplimiento del contratista, por un valor total de OCHENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTE* (sic) *SEIS CENTAVOS ($86.705.774,26)'* ***bajo el sentido que dicha orden se realiza en consideración al siniestro y a la parte resolutiva decretada en la resolución N°235* (sic) *de fecha 18 de marzo de 2015, decisión confirmada en la resolución N°791* (sic) *de fecha 10 de julio de 2015.***
>
> *ARTÍCULO SEGUNDO.- Aclarar el artículo segundo, en razón a que* ***una vez se constituya el título ejecutivo complejo, procedase*** (sic) ***a iniciar la acción contractual ante la jurisdicción contenciosa administrativa competente****, con el fin de obtener el pago del anticipo girado y el incumplimiento decretado en la resolución N°791* (sic) *de fecha 10 de julio de 2015, a la parte contratista y además hacer efectivas las garantías de cumplimiento y anticipo contenidas en la póliza de seguro de cumplimiento No. 39-44-101041057 expedida por seguros* (sic) *del Estado S.A. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De los artículos transcritos surge claramente que los anteriores en realidad no constituyen actos administrativos definitivos sino que se trata de meros actos de la Administración, si se quiere, de trámite, en razón a que **no crean, modifican o extinguen una situación jurídica de ningún tipo.**

En este sentido, la decisión de la entidad, después de ser aclarada, puede resumirse en la orden de recopilar los documentos que, según entiende, constituyen un título ejecutivo complejo para luego proceder a iniciar una demanda de controversias contractuales ante esta jurisdicción, con el fin de recuperar los dineros que considera que adeuda el contratista. Para ello, se remite a actos anteriores -Resoluciones Nos. 235 y 791 de 2015- que declararon el incumplimiento del contrato por parte de la persona con participación mayoritaria en la unión temporal contratista y dispusieron hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, ya fuera directamente o con cargo a la póliza de cumplimiento No. 39-44-101041057, expedida por la sociedad Seguros del Estado S.A. (ff. 36-48 y 49-56).

Por lo tanto, los actos acá demandados no generaron una situación diferente a la creada con los actos administrativos dictados en el año 2015 sino que, con una precaria técnica jurídica y de manera evidentemente innecesaria, dispusieron la ejecución de las aludidas decisiones, a pesar de lo diáfanamente preceptuado en el artículo 89 del CPACA[2].

---

[2] *"(...) ARTÍCULO 89. CARÁCTER EJECUTORIO DE LOS ACTOS EXPEDIDOS POR LAS AUTORIDADES. Salvo disposición legal en contrario,* ***los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato****.* ***En***

Frente a lo anterior podría argumentarse que las Resoluciones Nos. 235 y 791 de 2015 no se pronunciaron sobre el saldo cuya devolución se ordena al contratista sino únicamente frente a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria; empero, debe tenerse en cuenta que, por una parte, los actos acusados no imponen el pago de suma alguna de dinero, y por otra, la Resolución No. 0262 del 1° de abril de 2017 en su numeral 2° prescribió (ff. 69-80):

> *"(...) ARTÍCULO SEGUNDO- A través de los medios probatorios que reposan en el expediente* ***se determina que el saldo a devolver por el contratista a la Administración Municipal de Puerto Boyacá, esto es*** (sic)***, la suma de QUINIENTOS DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL CINCUENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS ($518.581.056,85), con los respectivos rendimientos financieros****, teniendo en cuenta, además el siniestro declarado mediante resolución N°791* (sic) *de fecha 10 de julio de 2015. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por todo lo anterior, fuerza concluir que los actos acusados no tienen el carácter de definitivos en razón a que no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto ni hacen imposible continuar la actuación[3] en los términos del artículo 43 del CPACA, por lo que en criterio de la Sala no son susceptibles de control judicial, siguiendo la postura del Consejo de Estado:

> *"(...)* ***solamente son demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los actos que terminen un proceso administrativo, esto es, los definitivos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y excepcionalmente los actos de trámite, siempre que hagan imposible proseguir la actuación administrativa; pues éstos, son los que contienen la voluntad de la Administración y tienen trascendencia en el mundo jurídico.***
>
> *En cuanto a los actos de trámite, debe señalarse que entre la apertura de la actuación administrativa y su finiquito, median ciertas acciones de las autoridades que tienden a impulsarla de una etapa a otra y/o preparar la decisión final, edificando las razones o los fundamentos jurídicos para que pueda decidirse de manera definitiva el asunto.*
>
> *Estos actos, no contienen una decisión sino un impulso a la actuación de la autoridad, y por ello, por regla general, no son pasibles de ser juzgados, a menos que hagan imposible su culminación, como ya se explicó. (...)"*[4] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

---

consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. *Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

[3] *"(...) ARTÍCULO 43. ACTOS DEFINITIVOS. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación. (...)"*
[4] *Ibíd.*

Lo antedicho conlleva a aplicación de lo previsto en el numeral 3° del artículo 169 del CPACA, que establece:

> *"(...) ARTÍCULO 169. RECHAZO DE LA DEMANDA. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:*
> *(...)*
> *3. **Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.** (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, se rechazará de plano la demanda de la referencia y se dispondrá la devolución de los anexos respectivos al accionante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR la demanda de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme este auto, entréguense los anexos sin necesidad de desglose y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO
No. 20 DE HOY 2019
A LAS 8:00 A.M.
SECRETARIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 07 FEB 2018

Demandante	Municipio de Muzo
Demandado	Concejo Municipal de Muzo
Expediente	15001-23-33-000-2018-00030-00.
Medio de control	Objeción proyecto de acuerdo.
Tema	Auto admite demanda.

I. ASUNTO

Ingresa el expediente al Despacho en atención a que mediante auto del 19 de enero de 2018 se había inadmitido la demanda por considerar que adolecía de algunos defectos (fl. 46).

Dentro del término concedido para ello, el apoderado demandante subsanó la demanda (fls. 48 - 49), por lo que se efectúa el estudio pertinente para decidir sobre la admisibilidad de la demanda de objeción del Acuerdo No. 035 de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Muzo, interpuesta por el Alcalde Municipal de dicho ente territorial.

II. CONSIDERACIONES

El Código de Régimen Municipal, Decreto Ley 1333 de 25 de abril de 1986, incorpora las normas constitucionales relativas a la organización y el funcionamiento de la administración municipal y se codifican las disposiciones legales vigentes sobre las mismas materias, cuyo objeto es dotar a los Municipios de un estatuto administrativo y fiscal que les permita, dentro de un régimen de autonomía, cumplir las funciones, prestar los servicios a su cargo, promover el desarrollo de sus territorios, el mejoramiento socio-cultural de sus habitantes, asegurar la participación afectiva de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local y propiciar la integración regional.

La Ley 136 de 1994, en sus artículos 78 y 80, hace referencia a las objeciones del alcalde municipal a los proyectos de acuerdo, así:

> *"**Artículo 78. Objeciones**. El alcalde puede objetar los proyectos de acuerdo aprobados por el Concejo por motivos de inconveniencia o por ser contrarios a la Constitución, la ley y las ordenanzas.*
>
> *El Alcalde dispone de cinco días para devolver con objeciones un proyecto de no más de veinte artículos, de diez días cuando el proyecto sea de veintiuno a cincuenta artículos y hasta de veinte días cuando el proyecto exceda cincuenta artículos.*

Si el Concejo no estuviere reunido, el alcalde está en la obligación de convocarlo en la semana siguiente a la fecha de las objeciones. Este período de sesiones no podrá ser superior a cinco días."

*"**Artículo 80. Objeciones de derecho**. Si las objeciones jurídicas no fueren acogidas, el alcalde enviará dentro de los diez días siguientes, el proyecto acompañado de una exposición de motivos de las objeciones al Tribunal Administrativo que tenga jurisdicción en el municipio. Si el Tribunal las considera fundadas, el proyecto se archivará. Si decidiere que son infundadas, el alcalde sancionará el proyecto dentro de los tres días siguientes al recibo de la comunicación respectiva. Si el Tribunal Considera parcialmente viciado el proyecto, así lo indicará al Concejo para que lo reconsidere.*

Cumplido éste trámite, el proyecto se remitirá de nuevo al Tribunal para fallo definitivo".

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 151 numeral 6, refiere sobre la competencia de los Tribunales Administrativo en única instancia, en casos de objeción de los alcaldes a los proyectos de acuerdo:

***Artículo 151. Competencia de los Tribunales Administrativos en única instancia.** Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:*
(...)
6. De las objeciones que formulen los alcaldes a los proyectos de acuerdos municipales o distritales, por ser contrarios al ordenamiento jurídico superior.
(...)".

De lo anterior se infiere que, de las objeciones que los alcaldes pueden hacer frente a los proyectos de Acuerdo, conocen los Tribunales Administrativos, siempre que los **proyectos de acuerdo se hayan discutido, aprobado** y que pasen al despacho del alcalde para su eventual sanción.

Conforme a lo expuesto, y revisado el expediente se observa que el proyecto de Acuerdo No 035 de 2017, fue debatido y aprobado en dos debates por el Concejo Municipal de Muzo (Fl 34) y radicado en el despacho del alcalde municipal el día 23 de noviembre de 2017 (Fl 49), quien lo objeto el 30 de noviembre de 2017 (Fls 35 a 38), por motivos de derecho, objeción que no fue acogida por el Concejo Municipal, según da cuenta el oficio de fecha 12 de diciembre de 2017 y radicado en la misma fecha ante el despacho de la alcaldía de Muzo (Fls. 39 a 43).

Posteriormente la demanda de objeción del proyecto de acuerdo se presentó en la oficina de reparto del Tribunal Administrativo de Boyacá, conforme el acta individual, el día 17 de enero de 2018 (Fl. 45).

Así la cosas, de conformidad con lo expuesto en el artículo 114 del Decreto 1333 de 1986 "Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal", que contempla:

> *"ARTICULO 114. El alcalde sancionará sin poder presentar nuevas objeciones el proyecto que reconsiderado por el Concejo fuere aprobado. Sin embargo, si el Concejo rechaza las objeciones por violación a la Constitución, la ley o la ordenanza, el proyecto será enviado por el alcalde al Tribunal Administrativo, dentro de los diez (10) días siguientes, 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), para que éste decida conforme al trámite señalado en el artículo 121 de este Código."*

Atendiendo la disposición transcrita y como quiera que el Decreto 01 de 1984 fue derogado por la Ley 1437 de 2011, los requisitos que debe contener el escrito que envía el Alcalde Municipal al Tribunal Administrativo de Boyacá, serán los señalados en el art. 162 de ésta última codificación, así:

> ***"Artículo 162. Contenido de la demanda.*** *Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:*
>
> *1. La designación de las partes y de sus representantes.*
>
> *2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. 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 (...)".*

Como la demanda se presentó por el alcalde municipal de Muzo, dentro de los diez (10) días siguientes al rechazo de las objeciones por parte del Concejo Municipal, acompañado de un escrito que contiene los requisitos señalados en los numerales 1 a 5 del **art. 162 del CPACA,** procede el Despacho con el trámite indicado para estos asuntos en art. 121 del Decreto Ley 1333 de 1986:

> ***Artículo 121º.-*** *Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:*
>
> *1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para*

defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.

3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al Despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno.

Por lo expuesto, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO: ADMÍTASE la demanda de objeción presentada por el Alcalde del Municipio de Muzo, contra el Acuerdo número 035 de 20 de noviembre de 2017, expedido por el Concejo de esa localidad.

SEGUNDO: Notifíquese personalmente la presente providencia al Ministerio Publico, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y el art. 171 No. 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Hecha 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 a**rtículo 121.**

Notifiquese, cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

20

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

DESPACHO NO. 03 DE ORALIDAD

Tunja, 07 FEB 2018

Magistrado Sustanciador: **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

EXPEDIENTE No.	:	15001333300120150003l-01
DEMANDANTE	:	JOSE VICENTE NOSSA LAMUS
DEMANDADO	:	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP
ASUNTO	:	EJECUTIVO

Ingresa el expediente de la referencia con informe secretarial visible a folio 212 del cuaderno principal, para decidir lo que en derecho corresponda.

Visto el expediente, el Despacho advierte que se han surtido de forma completa y adecuada las actuaciones del proceso de la referencia, correspondiendo continuar con la etapa procesal descrita en el artículo 327 del CGP, esto es la audiencia de sustentación y fallo.

Para tal fin, el Despacho fijará como fecha y hora para la referida diligencia el día martes seis (6) de marzo de dos mil dieciocho (2018) a las once de la mañana (11: 00 AM) en las salas de audiencia del Tribunal Contencioso Administrativo ubicadas en el quinto piso del Palacio de Justicia de la Ciudad de Tunja de la Carrera 9 No. 20-62.

Se recuerda a los interesados que la concurrencia de los apoderados de las partes procesales es obligatoria, que su ausencia no impedirá el desarrollo de la audiencia y por el contrario sí acarreará sanciones pecuniarias y procesales.

En mérito de lo anterior, el Despacho

R E S U E L V E:

PRIMERO: **FÍJASE FECHA Y HORA** para llevar a cabo la audiencia consagrada en el artículo 327 de CGP, en el asunto de la referencia, día

martes seis (6) de marzo de dos mil dieciocho (2018) a las once de la mañana (11: 00 AM) en las Salas de Audiencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, ubicadas en el quinto piso del Palacio de Justicia de Tunja de la Carrera 9 No. 20-62, según las previsiones efectuadas en la parte motiva de la providencia.

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

Notifíquese y cúmplase

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

lmq

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 20 de hoy, 08 FEB 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 1

Magistrado Ponente: **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Tunja, 06 FEB 2018

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL:		**DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
RADICACIÓN	:	150013333001201600030-01
DEMANDANTE		CLAUDIA SULAY SALAZAR YOMAYUZA
DEMANDADO	:	NACIÓN-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

La Sala pasa a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el auto de 28 de julio de 2016, proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Tunja, que rechazó la demanda de la referencia, por cuanto el acto cuya nulidad se solicita no es enjuiciable *(Fls. 54-55)*.

I. ANTECEDENTES

Por medio de apoderado judicial, la señora Claudia Sulay Salazar Yomayuza en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., promovió demanda en contra de la Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura a fin de que se declare la nulidad del siguiente acto administrativo *(Fls. 2-15)*:

> _Oficio de 30 de octubre de 2015, expedido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Boyacá y Casanare, por medio del cual se le notificó el nombramiento en propiedad y en carrera judicial de la abogada Mariluz Barajas Cáceres, en el cargo de Secretaria de esa Sala, posesionada en la misma fecha con efectos fiscales a partir del

1º de noviembre de 2015, empleo que para esa época desempeñaba la actora.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se ordene su reintegro al cargo que venía ocupando al momento de su desvinculación o a otro de igual o superior categoría, se condene a la demandada al pago de todos los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de su retiro hasta cuando se haga efectivo su reintegro y se declare que no existió solución de continuidad en la prestación de sus servicios.

Así mismo, señaló que en caso de no ser posible su reintegro, se le reconozca indemnización equivalente al pago de salarios y demás acreencias dejados de devengar como consecuencia de su desvinculación. Al igual, solicitó que se le reconozca y pague los perjuicios morales causados y tasados en cuantía de 100 S.M.L.M.V. Por último, pidió se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

I.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto de 28 de julio de 2016 *(Fls. 54-55)*, el Juzgado Primero Administrativo de Tunja rechazó la demanda promovida por la señora Claudia Sulay Salazar Yomayuza contra la Nación- Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura, por cuanto consideró que el oficio que se pretende anular es una comunicación y no el acto que definió su situación particular, por lo tanto, no puede ser controvertido a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que su expedición se hizo para informar a partir de qué fecha empezaba a ejercer el cargo la persona que fue nombrada en propiedad.

I.2 RECURSO DE APELACIÓN

Con escrito de 3 de agosto de 2016 *(Fls. 57-59)*, la parte demandante expone los fundamentos de su apelación contra la anterior decisión. Al respecto indicó que el Oficio de 30 de 2015, proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá, en estricto sentido es un acto administrativo que terminó su relación laboral con la entidad demandada, en el cargo de Secretaría de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare que ocupaba en provisionalidad.

Hizo referencia a la sentencia T-153 de 2015, en la que la Corte Constitucional, luego de que recogiera todos los pronunciamientos hechos por el Consejo de Estado sobre la determinación del acto administrativo de desvinculación que se pretende demandar, cuando

se expide en virtud de un proceso de reestructuración de una entidad pública en el que se suprime el cargo, adoptó una última postura y es precisamente reconocer que los oficios de comunicación si eran demandables, en razón a la teoría del acto integrador, según el cual es el acto que materializa la situación jurídica del servidor desvinculado, incluso independientemente de si existieron actos de incorporación y que la demanda de los demás actos depende de las pretensiones del actor.

Así pues, expuso que es claro que los oficios de comunicación de una decisión administrativa, son actos administrativos y por ende son susceptibles de ser demandados. En ese orden, manifestó que el acto acusado no se encuentra debidamente motivado, toda vez que fue vinculada mediante un acto legal y reglamentario, y de la misma manera debió ser separada del cargo, sin importar que ocupara el empleo de forma provisional.

En resumen, manifestó que por hallarse frente a un acto integrador, como lo es el oficio atacado a través del cual se produjo su separación clara del empleo que ejercía y que materializó concretamente su retiro del servicio, es cuestionable en vía del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Así las cosas, solicitó se revoque la decisión adoptada por el A quo.

1.2.1 Trámite del recurso de alzada

El juez de instancia a través de providencia de 18 de agosto de 2016, concedió el recurso de alzada en el efecto suspensivo conforme los artículos 243 y 244 del C.P.A.C.A. *(Fol. 61)*.

II. CONSIDERACIONES

II.1 COMPETENCIA

En virtud del artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA, es competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; no obstante en los eventos de jueces colegiados, las decisiones de que tratan los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 ibídem, serán de Sala, excepto en los procesos de única instancia.

En tal sentido, conforme a lo previsto en el artículo 243 del referido código, los autos proferidos en primera instancia relacionados con: *"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 y 4.)*

El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que sólo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público".

Habida cuenta que en el asunto de marras se apeló el auto que rechazó la demanda por cuanto el asunto no es susceptible de control judicial conforme lo establece el artículo 169[1] No. 3° del CPACA, es necesario que el recurso sea resuelto por la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en concordancia además con el artículo 153 del CPACA, que preceptúa lo siguiente:

> *"Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recurso de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda."*

II.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala definir si el Oficio de 30 de octubre de 2015, expedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare-Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, que informó a la actora el nombramiento y posesión de la persona en el cargo que desempeñaba en provisionalidad y cuya nulidad pretende, es pasible o no de control judicial.

Para tal efecto, la Sala desarrollará los siguientes temas de vital importancia a efectos de resolver el asunto que se debate: (i) De los actos administrativos objeto de control judicial, (ii) De la naturaleza del oficio de comunicación de retiro tácito del servicio, para finalmente estudiar el (iii) Caso en concreto.

II.3 ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

3.1. De los actos administrativos objeto de control judicial

Según la categorización que ostentan los actos administrativos, es decir, en actos de trámite y definitivos, distinción que se adopta para determinar cuáles son o no demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los primeros constituyen actos intermediarios, previos o preparatorios que le dan impulso a la actuación administrativa, que se finiquita con la expedición de los segundos que contienen la voluntad de la administración creadora de derechos o efectos jurídicos.

---

[1] Art. 169 Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:
1. Cuando hubiere operado la caducidad.

No sucede lo mismo con los actos definitivos que, por el contrario, sí son pasibles de recursos, además de que pueden ser acusados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto al plasmarse la voluntad de la administración pueden ser objeto de control a fin de establecer si están incurso en alguna causal de nulidad, contempladas en el artículo 137 del C.P.A.C.A.

El artículo 43 ibídem, contempla la posibilidad de que actos de trámite puedan convertirse o terminar siendo actos definitivos en la medida en que la decisión allí asumida impida continuar con la actuación administrativa, lo que habilita el ejercicio del control jurisdiccional. En síntesis, una misma actuación administrativa puede acarrear que el acto final o definitivo se enjuicie, así como también los actos preparatorios que muten a definitivos, como en efecto sucede con las decisiones administrativas que por alguna razón restrinjan o excluyan del proceso de selección de personal a ciertos aspirantes, participantes o candidatos.

Otra de las características determinantes de que un acto administrativo es definitivo y susceptible de control de legalidad es precisamente que produzcan efectos jurídicos, es decir, que contengan la voluntad de la administración dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales o particulares y concretas, independientemente la denominación que se le otorgue (oficio, resolución, decreto, circular, acta, instrucción, etc.).

3.2. De la naturaleza del oficio de comunicación de retiro tácito del servicio

El oficio de comunicación tiene como propósito enterar, poner en conocimiento e informar a las partes o terceros interesados de las decisiones adoptadas por una autoridad pública. En ese orden, cumple una finalidad material de comunicación con la cual se busca garantizar el conocimiento de una determinación administrativa y así garantizar el principio de publicidad.

Luego, atendiendo la connotación o el alcance que se le asigna al oficio de comunicación, no podría catalogarse como un acto administrativo, motivo por el cual en principio y por sí solo no sería susceptible de enjuiciamiento.

Bajo la misma línea argumentativa, el Consejo de Estado, en providencia de 28 de junio de 2012[2], precisó acerca del oficio de comunicación, lo siguiente:

[2]C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Rad. 15001-23-31-000-2002-02444-01(2163-09); Actor: Carlos Alirio Castillo Pizza.

"Esta Sala en repetidas ocasiones ha afirmado que la comunicación por medio de la cual se informa la decisión asumida por una determinada Autoridad Pública no tiene el carácter de acto administrativo; así[3] en sentencia de 15 de marzo de 2007, expediente 3020-04, precisó lo siguiente: "Como bien se observa la comunicación de supresión del cargo se limitó a informarle a la actora que fue desvinculada del servicio a partir del 3 de abril de 2000 como consecuencia de la supresión del cargo de Jefe de Programas dispuesta por el Decreto 411 de 2000, oficio que no crea, extingue o modifica una situación jurídica."[4]

Esta tesis que ha sido reiterada por la Sala según da cuenta la sentencia de 4 de septiembre de 2008, expediente 1528-07, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, con el siguiente contenido literal:

> *"(...) Los actos de trámite se enmarcan dentro de la clasificación genérica de su relación con la decisión, "como aquellos que se expiden como parte de un procedimiento administrativo que se encamina a adoptar una decisión o que cumple un requisito posterior a ella",[5] vale decir, que se limitan a impulsar el procedimiento, pero no tienen decisión alguna.*
>
> *No podría ser objeto de control jurisdiccional un simple oficio, mediante el cual se hace una comunicación, requiere una información, solicita unas pruebas, o da cumplimiento a una orden.*
>
> *El acto de trámite no incide en la decisión misma. (...)"*

Conforme a la normatividad y la Jurisprudencia que se analiza, para que se pueda hablar de acto administrativo, debe concurrir en él una manifestación de voluntad unilateral de la Administración, y los requisitos de validez (sujetos, objeto y causa o motivo), de suerte que la ausencia de uno de ellos, impide catalogar el Oficio acusado como un acto administrativo.

La manifestación unilateral de voluntad de la Administración debe estar orientada a crear, modificar o extinguir derechos concretos de una personada natural o jurídica, y si no lo hace, mal puede hablarse de acto administrativo objeto de reproche en sede Jurisdiccional a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho."

---

[3] Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

[4] CONSEJO DE ESTADO, en sentencia de 10 de septiembre de 1995, Expediente 9980, M.P. Dra. Clara Forero de Castro, expresó: "Si el actor pretendía su reintegro al cargo, cualquier ataque contra la decisión de retiro debió dirigirlo contra los actos que realmente lo afectaron y no contra la comunicación de los mismos como lo fue el oficio acusado. No porque entre ellos se conformara un acto complejo, como lo afirmó el Tribunal, sino porque la Resolución de incorporación se expidió en virtud de la facultad que le fue otorgada al Gerente, la que a su vez se ajustó al Acuerdo 05 de 1993."

[5] RODRIGUEZ R LIBARDO. Derecho Administrativo, General y Colombiano. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998, pág. 210

La posición anterior fue recogida y reiterada por el Consejo de Estado mediante sentencia de 31 de octubre de 2013[6], a través de la cual señaló que:

> *"... **no es enjuiciable el medio que utiliza la Administración para informar sobre un acto administrativo por cuanto con él no crea ni modifica situación alguna dado que su función consiste en poner en conocimiento la decisión contenida en otro acto administrativo**.*
>
> *Al respecto, la Sala[7] ha precisado que el oficio mediante el cual se comunica la decisión adoptada por una autoridad pública, en principio, no constituye un acto administrativo; sobre el particular, sostuvo: "... el citado oficio no es enjuiciable debido a que esta Jurisdicción está facultada para juzgar actos administrativos; y si en gracia de discusión pudiera anularse la comunicación, ella resultaría infructuoso, pues no tendría ningún efecto jurídico respecto el(sic) acto que determinó el retiro tácito del actor, toda vez que continuaría vigente el acto de retiro, de tal manera que no procede emitir pronunciamiento de fondo en relación con el oficio demandado"." (Resaltado de la Sala).*

Ahora bien, resulta de medular importancia hacer referencia al auto de 24 de marzo de 2017 proferido por esta Corporación con ponencia del Magistrado Dr. Luís Ernesto Arciniegas Triana, en el que recordó y trajo a colación algunos pronunciamientos en relación con el retiro del servicio y el alcance del oficio que comunica dicha decisión, así:

> *"Recientemente este Tribunal se pronunció al respecto y en providencia emitida dentro del proceso con número de radicado 15001333300520160004501, con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortíz, señaló que el retiro del servicio puede ser expreso **o tácito,** de manera que cuando se ejerce la facultad de nominación frente a un empleo que está siendo desempeñado por otro, el efecto que produce es el retiro por insubsistencia, sólo que la misma opera tácitamente sin que el acto debe expresarlo; **es decir, la voluntad de la administración de retirar del servicio a un empleado se expresa con el nombramiento del reemplazo.***
>
> *Sobre el particular la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 31 de octubre de 2013, proceso con radicación número 050012331000-2002-03400-01, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve precisó:*
>
> > *"Respecto al **oficio de marzo de 2002** cuya nulidad se pretende, advierte la Sala que **el mismo se limita a informar al demandante** la decisión contenida en el Decreto 0542 de 20 de*

---

[6]RAD. 05001-23-31-000-2002-03400-01(1388-12); C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Actor: Leonel Urrego Murillo.
[7]Sentencia de 4 de diciembre de 2008, Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02849-01(43106-03), Actor: JORGE ELIECER OCAMPO DUQUE, Demandado: CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA.

marzo de 2002, ***por lo tanto, no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna, careciendo de contenido decisorio,*** *motivo por el cual, no constituye un acto administrativo enjuiciable al tenor del artículo 85 del C.C.A y en tal sentido, la Sala procederá a declararse inhibida para pronunciarse respecto al mencionado oficio.*

En este orden, ***no es enjuiciable el medio que utiliza la Administración para informar sobre un acto administrativo por cuanto con él no crea ni modifica situación alguna dado que su función consiste en poner en conocimiento la decisión contenida en otro acto administrativo.***

Al respecto, la Sala[(2)8] ha precisado que el oficio mediante el cual se comunica la decisión adoptada por una autoridad pública, en principio, no constituye un acto administrativo; sobre el particular, sostuvo: "...el citado oficio no es enjuiciable debido a que esta Jurisdicción está facultada para juzgar actos administrativos; ***y si en gracia de discusión pudiera anularse la comunicación, ella resultaría infructuoso, pues no tendría ningún efecto jurídico respecto el (sic) acto que determinó el retiro tácito del actor, toda vez que continuaría vigente el acto de retiro, de tal manera que no procede emitir pronunciamiento de fondo en relación con el oficio demandado".*** *Negrilla fuera de texto.*

A su vez, sobre los actos de nombramiento esa Corporación, mediante sentencia de 31 de mayo de 2011, proferida en el proceso con radicación número 11001-03-28-000-2009-00040-00 precisó:

"Los actos de nombramiento o de elección en un destino público corresponden a una categoría especial de actos particulares concretos[(3)9] denominados actos condición[(4)10], pues hacen que el nombrado se convierta en sujeto pasivo de las normas que gobiernan la función pública.

Como actos particulares tienen la virtud de crear, modificar o extinguir una situación jurídica particular y concreta a una persona determinada, que en principio no es otra que la designada, en el respectivo cargo público en este caso.

No obstante, eventualmente, estos actos pueden afectar derechos de otra persona como: quien venía ocupando el empleo que se provee en la medida en que previamente no se

---

8 (2) Sentencia de 4 de diciembre de 2008, Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02849-01 (4316-03), Actor: Jorge Eliecer Ocampo Duque, Demandado: Centro de Diagnóstico Automotor del Tolima.

9 (3) BERROCAL Guerrero, Luis Enrique, Manual de Acto Administrativo, Ediciones Librería del Profesional, Quinta Edición, Página 150 "ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR O INDIVIDUAL". Es el que crea modifica o extingue o afecta situaciones jurídicas personales. Tiene efectos jurídicos directos e inmediatos sobre personas identificadas o identificables individualmente, independientemente del número de ellas, de suerte que lo es el que comprende a un (acto singular) o a un conjunto de personas, siempre que estén individualizadas (en este último caso la legislación española los denomina actos administrativos plúrimos)"

10 (4) Ib.. supra, página 151. "ACTOS ADMINISTRATIVOS CONDICIÓN. [Es] el que genera un estatus o ubica a una persona o cosa en una situación legal y reglamentaria..." (Destacada en el original).

haya dispuesto su retiro en otra decisión, es lo que se ha denominado "insubsistencia tácita" *también a quien debió ocupar el correspondiente destino público y no llegó porque la designación se hizo en cabeza de otra persona, de quien se predica no tenía el derecho." Negrilla de la Sala.*

Así las cosas, señaló la providencia de esta corporación que en ese caso "el caso que afectó al actor fue el que nombró en propiedad a Laura Melisa Avellaneda Malagón, en estas condiciones, debió ser demandado en tanto tácitamente lo retiró del servicio, no así el Oficio No. DESTJ15-3057 de 3 de diciembre de 2015, por el cual se comunicó el ***nombramiento en propiedad en el régimen de carrera judicial.*** *Ese acto no es más que uno de trámite que no puso fin a la actuación y, por ello, no es susceptible de control judicial".*

Ahora, en la sentencia T-153 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, señaló que de conformidad con la teoría del acto integrador, el oficio que comunica la supresión del cargo es demandable, y al respecto estableció:

> *"...La Corte, revocó los fallos de tutela de ambas instancias, en su amparó los derechos de la accionante. En consecuencia, dejó sin efectos el fallo del Tribunal accionado que había confirmado la sentencia del juzgado demandado y, ordenó a este último que emitiera un nuevo pronunciamiento de fondo según los hechos, la valoración probatoria y los fundamentos jurídicos de juicio pertinentes para ello. Lo anterior, al considerar que los accionados desconocieron el precedente fijado por el Consejo de Estado que acepta la posibilidad de demandar los oficios de comunicación por ser los actos administrativos de contenido particular y concreto que modifican la situación jurídica.*
>
> *El fundamentó de la decisión fue el siguiente:*
>
> *(...)*
>
> *4.- En aplicación del principio de confianza legítima, la accionante demandó el acto que la entidad le señaló como aquel que virtualmente suprimió su cargo, y que con* ***base en la teoría del acto integrador está constituido por el acto general y el oficio de ejecución,*** *que es el acto que complementa y hace efectivo el retiro.*
>
> *Del precedente decantado, se colige que el Consejo de Estado inicialmente sostuvo que el oficio por el cual se comunicaba la supresión del cargo en los procesos iniciados por entidades públicas (la CAR en los casos precitados) era de naturaleza ejecutiva y por lo tanto no era demandable ante la jurisdicción contenciosa, al igual que el acto general (en esos casos el Acuerdo 016 de 2002), porque no afectaba directamente al actor. Empero, en pronunciamientos posteriores, en especial de la Sección Segunda, Subsección B, se reconoció que los oficios de comunicación si eran demandables, en virtud de la* ***teoría del acto integrador,*** *según el cual el oficio es el acto que materializa la situación jurídica del servidor desvinculado..." Resaltos fuera del texto-*

En criterio de esta Sala, la llamada teoría del acto integrador en principio solo es aplicable para los eventos de supresión de cargos, pues la administración expide o dicta un acto de contenido general que define de manera global la reestructuración de entidades públicas, sin que tome decisiones individuales, es por ello que solo a partir de los oficios de comunicación de incorporación o de retiro es que se concreta o individualiza las situaciones laborales correspondientes, por lo tanto, debe demandarse conjuntamente el acto general y el oficio de comunicación, pues es este último el que consolida la situación jurídica del desvinculado y le da eficacia al proceso de supresión así como viabilidad a los efectos jurídicos que el acto general debe producir.

No obstante, la teoría del acto integrador no resulta adaptable para los actos administrativos que disponen el nombramiento en carrera administrativa de quien surtió un proceso de selección de personal en un cargo ocupado por una persona de manera provisional, como quiera que éste por si solo contiene dos decisiones; una expresa y directa que tiene que ver con el nombramiento y la otra que surge como consecuencia de la primera determinación y que consiste en la insubsistencia tácita del servidor público que venía desempeñando dicho empleo. Luego es proferido el oficio de comunicación, cuyo propósito esencial es informar la nueva designación, por lo que desde ningún punto de vista este último crea, modifica o extingue la situación jurídica particular para quien es retirado del servicio, por lo tanto no es enjuiciable.

3.3. Caso concreto

A juicio de la parte recurrente, el Oficio de 30 de octubre de 2015, expedido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare, por medio del cual se le notificó el nombramiento en propiedad y en carrera judicial de la abogada Mariluz Barajas Cáceres, en el cargo de Secretaría de dicha Sala, posesionada en la misma fecha y con efectos fiscales a partir del 1º de noviembre de 2015, empleo que para ese entonces desempeñaba la actora, es totalmente demandable a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, máxime si fue a través de dicho acto que se materializó su retiro del cargo.

El eje central de la discusión radica en si era o no enjuiciable el oficio de comunicación de 30 de octubre de 2015, para el efecto la Sala se remitirá al contenido literal del oficio mentado, así *(Fol. 31)*:

"REPÚBLIA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOYACÁ Y CASANARE

SALA JURISDICIONAL DISCIPLINARIA

Tunja, treinta (30) de octubre de dos mil quince (2015)

Doctora
CLAUDIA SULAY SALAZAR YOMAYUZA
Secretaria
Sala Jurisdiccional Disciplinaria
Consejo Seccional de la Judicatura
E.S.D.

Cordial Saludo:

Junto a mi atento saludo ***le comunico*** *que la doctora MARILUZ BARAJAS CÁCERES, identificada con la cédula de ciudadanía número 37.863.794, quien fue nombrada como Secretaria Nominada en propiedad y en el régimen de carrera judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y Plena del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare, tomó posesión del cargo en la fecha y con efectos discales a partir del primero (1º) de noviembre de dos mil quince (2015).*

Hasta una pronta oportunidad,

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN
MAGISTRADO."

Conforme lo que antecede, la Sala infiere que el acto que afectó la situación jurídica de la actora es precisamente aquel en que se determinó o consignó el nombramiento en propiedad de Mariluz Barajas Cáceres, en el cargo de Secretaria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare, de tal suerte que el Oficio de 30 de octubre de 2015 simplemente tuvo como propósito surtir la diligencia de comunicación de la decisión frente a la demandante, trámite con el cual no se finiquitó la actuación administrativa, de modo que este último no puede ser pasible de control judicial.

Luego de revisar las pretensiones planteadas en el libelo introductorio, se encuentra que no se persigue la anulación del acto que nombró a la señora Mariluz Barajas Cáceres en propiedad y en carrera, en el mismo cargo que ocupaba la actora, máxime si la voluntad de la administración quedó vertida en éste, produciendo efectos jurídicos desfavorables en relación con la situación laboral de la demandante, al configurarse la insubsistencia tácita, asunto para el cual no es aplicable la teoría del acto integrador como lo alega la actora en el escrito de apelación.

De otro lado, es claro que el restablecimiento del derecho pretendido por la demandante va encaminado a obtener su reintegro al cargo de Secretaria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y Plena del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare, de tal manera que si

en gracia de discusión se aceptara que basta con demandar únicamente el oficio de comunicación para examinar si su retiro fue o no conforme a la ley, su reincorporación en caso de anulación sería infructuoso, pues seguiría vigente y produciendo total efectos jurídicos el acto administrativo que nombró en dicho cargo a la señora Barajas Cáceres en propiedad, es por esto que se arriba a la conclusión de que la decisión que se debió atacar es ésta última que exteriorizó la voluntad de la administración y concretó la situación de la demandante al operar la insubsistencia tácita y no el oficio de 30 de octubre de 2015, que no es precisamente un acto administrativo, pues cumple un papel simplemente informativo.

Así las cosas, se confirmará la decisión adoptada por el Juez de instancia que rechazó la presente demanda, pues el asunto no es susceptible de control judicial de acuerdo con el artículo 169 numeral 3 del C.P.A.C.A.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

III. RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto de 28 de julio de 2016, proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Tunja que rechazó la demanda incoada por la señora Claudia Sulay Salazar Yomayuza contra la Nación- Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura, por cuanto el asunto no es susceptible de control judicial.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE por Secretaría el expediente de la referencia al Juzgado de origen.

Esta Providencia fue estudiada y aprobada en Sala de Decisión No. 1, según consta en acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

MDM

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
La anterior se notifica por estado
No. 20 [12]
EL SECRETARIO

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 6 FEB. 2018

MEDIO DE CONTROL	**REPARACIÓN DIRECTA**
REFERENCIA:	**150013333002201300111101**
DEMANDANTE:	**YANET LILIANA QUIÑONES ZUÑIGA**
DEMANDADO:	**MUNICIPIO DE TUNJA**
TEMAS:	**DAÑO POR OBRA PUBLICA**
DECISIÓN:	**CONFIRMA SENTENCIA**

Conoce la Sala del Recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el veintiocho (28) de julio de dos mil seis (2016) por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA (fls. 1-7)

La señora **Yaneth Liliana Quiñones Zuñiga** a través de apoderado judicial interpuso acción de Reparación Directa contra el **Municipio de Tunja**, alegando lo siguiente:

1.1. Pretensiones

"4.1 Declárese administrativamente responsable a la demandada MUNICIPIO DE TUNJA representado legalmente por su alcalde (...) de todos los perjuicios causados a la demandante con ocasión de las actuaciones irregulares ejecutadas por sus directivas en ejercicio de sus funciones por la ejecución de las obras ejecutadas el día 18 de mayo de 2011 por parte de la oficina asesora de planeación del Municipio de Tunja, en coordinación con la secretaria de desarrollo y con apoyo de soldados del Batallón Bolívar y maquinaria del Municipio, fecha en (sic) se construye en el Barrio Bolívar una zanja de coronación de aproximadamente 50 metros de longitud que descarga aguas lluvias a la cárcava, esto con el fin de dar manejo adecuado a las aguas lluvias del sector evitando riesgos de inundación.

4.2. Como consecuencia de lo anterior, condenar al MUNICIPIO DE TUNJA a pagar a favor de mi poderdante por los perjuicios morales sufridos de conformidad con el hecho 3.1. de esta demanda la

cantidad de trescientos (300) Salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, de la suma de CIENTO SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE ($176.850.000).

4.3. Condenar al MUNICIPIO DE TUNJA a pagar a favor de mi poderdante la suma de CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS ($110.000.000) que corresponde a los perjuicios materiales causados y que corresponden al valor comercial del inmueble en condiciones normales sin los daños recibidos por culpa exclusiva del municipio de Tunja.

..."

1.2. Hechos.

Señaló que la actora es propietaria de una casa de habitación ubicada en el Barrio Bolívar de la ciudad de Tunja, que fue construida, por licencia concedida el 3 de febrero de 1997 y que nunca había sufrido de agrietamientos en sus paredes ni daños en su estructura, salvo el deterioro natural.

Que el día 18 de mayo de 2011, el Municipio de Tunja con apoyo de soldados del Batallón Bolívar y maquinaria del municipio construyeron en el Barrio Bolívar una zanja de coronación de aproximadamente 50 metros de longitud que descarga aguas lluvias a la cárcava, con el fin de dar manejo adecuado a las aguas lluvias del sector, evitando riesgos de inundación.

Se afirmó que con la construcción realizada, se impidió el acceso a la casa de habitación de la actora en la parte correspondiente a la Bodega que allí tenía; que al conducir las aguas hacia el caño, desestabilizaron el talud del margen derecho de la casa, causando su deslizamiento originando daños al patio de la casa, y también causando el deslizamiento de la vía sobre la citada casa, el derrumbe del antejardín así como los sardineles de la vía, las materas que circundaban la vía y el deslizamiento de los andenes tanto de la casa como los del parque situado frente a la residencia del actor.

Aseveró que la zanja construida no fue debidamente canalizada sino que se dejó en tierra, originando la filtración del agua de terreno y causando los daños alegados.

Dijo que luego del insuceso costeó unos arreglos, sin embargo, que se siguió desestabilizando por la filtración de las aguas que se depositan en la

zanja.

Que se presentaron sendas quejas y el 15 de junio de 2012, el municipio procedió a hacer algunas adecuaciones en la carrera 17 con el fin de permitir el acceso a la bodega de la casa.

Que conforme con informe del CLOPAD del 12 de septiembre de 2012, los daños ocasionados provienen de aguas que recoge la zanja que fuera construida, afectando la estabilidad de la construcción.

Manifestó que en agosto de 2011 para efectos de la reparación de los daños generados se invirtieron $2.654.000, con el fin de que la casa no se siguiera deteriorando y por ende perdiendo el valor real, y luego, para diciembre de ese mismo año, se hizo una nueva inversión por un valor de $880.000; sin embargo, las bases se siguieron debilitando y nuevamente la casa presenta grietas.

1.3. Fundamentos jurídicos.

Citó como fundamentos jurídicos en el artículo 85 del CCA subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989 que consagra la acción de reparación directa.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada se opuso a las pretensiones solicitadas. Indicó que el área en donde se encuentra ubicada la vivienda de la demandante se construyó sobre zona de cárcava, específicamente sobre terreno que presenta inestabilidad y en consecuencia deslizamiento, por lo tanto, los presuntos daños reclamados no son responsabilidad del municipio.

Que es cierto que el municipio realizó construcción de una zanja sin revestimiento, pero ello no es la causa de los supuestos daños alegados, entre otras razones, porque la cárcava, presenta en toda su generalidad el fenómeno natural de remoción en masa, y por tanto, no se puede imputar a la zona de coronación mencionada por la parte demandante, los daños alegados, pues itera que el fenómeno natural de remoción en masa, generaba inestabilidad.

Propuso como excepciones las denominadas: "Fuerza Mayor", "culpa

exclusiva de la víctima", "Inexistencia de causalidad", "Responsabilidad por el hecho ajeno", "Cobro de lo no debido".

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia de 28 de julio de 2016 (fls. 325-333), **resolvió negar a las pretensiones de la demanda,** decisión adoptada, bajo los siguientes argumentos:

Propuso como problema jurídico el determinar si los presuntos daños causados al bien inmueble de la demandante son atribuibles al Municipio de Tunja, al haber construido una zanja de coronación en el mes de mayo de 2011, para captar las aguas de escorrentía que bajan hacia el Barrio Bolívar; obra que según la actora se ejecutó sin la debida planeación y mantenimiento técnico requerido, razón por la cual ha causado filtración de agua.

Dentro del caso concreto, se determinó que el daño alegado está acreditado dentro del plenario, el cual se traduce en los perjuicios causados en la casa de habitación de la demandante, consistente en fisuras y agrietamientos en el patio de ropas, solar y antejardín, así como humedad en algunas paredes.

En cuanto a la imputación jurídica del daño, luego de valorar el material probatorio, consideró que si bien existen pruebas como el informe rendido por el Comité local para la prevención y atención de desastres de Tunja y el dictamen pericial, ellos no son suficientes para endilgar responsabilidad al Municipio, pues las mismas se contrastan con el dictamen pericial rendido por el ingeniero geólogo de la UPTC, que concluye que zanja de coronación justamente cumple la función de evitar que las aguas lluvias o de escorrentía ingresen a las viviendas aledañas, o por lo menos disminuir la cantidad; además, que se aseguró que la mayoría de las zonas de coronación no se recubren en concreto, debido a que por el movimiento del terreno este material se fractura fácilmente, concluyendo que tal como ésta construida la zanja de coronación cumple la función de desviar las aguas de escorrentía.

En ese orden de ideas, expuso el *a quo* que no obstante encontrarse demostrado los daños que presenta la vivienda de la demandante, su

causa no es posible atribuirla al Municipio de Tunja, habida cuenta que del material probatorio no se logra advertir una relación directa entre la construcción de la zanja de coronación y los daños que indilgan a la entidad demandada. Señalo que al contrario, se pudo establecer que la causa de la infiltración de agua que se presenta en la vivienda obedecen a la sumatoria de factores geológicos que presenta la zona, los cuales han generado inestabilidad y movimiento lento del terreno, condiciones que se acrecientan con las fuertes lluvias que se presentan en la época invernal.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada el 28 de julio de 2016, fundamentando su impugnación bajo los siguientes cargos:

En primer lugar, adujo que la demanda estaba encaminada a lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la administración municipal de Tunja, en razón a la construcción de una zanja de coronación en inmediaciones de la casa de habitación de la actora, la cual desvió las aguas de escorrentía de la parte superior del Barrio Bolívar y la cual originó el agrietamiento de las paredes de la casa, el hundimiento de parte del piso donde reposan las vigas y la cimentación de la casa entre otros daños que saltan a la vista con las fotografías que se aportaron junto con la demanda.

Alegó el recurrente que en la sentencia no se tuvo en cuenta un punto muy importante que era sobre el cual se enfocó la demanda, sumado también al hecho de los daños ocasionados con la construcción de la zanja, pues para el año 1997 la actora acudió ante el curador provincial de Tunja, quien le expidió la licencia de construcción, lo que propició la construcción de la vivienda que ahora alega se encuentra afectada.

Que así entonces, se fundó su actuación de construir en la confianza legítima que irradió en los actos administrativos expedidos para la construcción en dicha zona, confianza de vio derribada cuanto la misma entidad cambió las reglas de juego y expide en el año 2002 el Plan de Ordenamiento Territorial y establece la zona de la actora como zona de cárcavas, lugar que según el POT no está permitido construir debido a que es una zona de deslizamiento y cárcavas, entre otras.

Aduce que no resulta pensar en reconstruir la casa, reforzarla o tumbar parte de los construido, pues se necesita de una licencia de construcción y como esta es zona de cárcava por el POT será negativo el acto administrativo, de tal forma se termina haciendo una especie de expropiación administrativa de hecho con argumentos de que no se puede expedir licencia de construcción por ser zona de cárcava.

Asegura de las cárcavas están hace más de 500 años, razón por la cual no puede ahora argumentar la Alcaldía Municipal que es culpa de la víctima, por construir en zona de riesgo cuando en su momento no lo era.

Que el *a quo* no tuvo en cuenta la prueba testimonial aportada, con la cual se quiso acreditar que los daños ocasionados; que tan solo sustentó la sentencia en las pruebas periciales aportadas al proceso, especialmente el dictamen pericial rendido por el perito designado por la UPTC quien sin tomar muestras, tan solo a puro ojo, dijo que la zanja evitaba las infiltraciones de agua, que no era necesario impermeabilizarla con cemento pues este tiende a fracturarse, pero lo que no observó es lo que sucede con el agua cuando esta por lo general no corre sino que se estanca, y la mayoría de veces cuando el agua no alcanza a correr hacia la cárcava que está al costado derecho, tiende a filtrarse.

Además que no se tuvo en cuenta la respuesta al derecho de petición del 12 de septiembre de 2012, emitido por el CLOPAD, donde se dejó en claro que los daños provenientes de las aguas que recoge la zanja que fuera construida afectó la estabilidad de la construcción.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de 18 de octubre de 2016, esta Corporación admitió el recurso (fl. 353). A través de proveído de 11 de noviembre de 2016, se ordenó prescindir de la audiencia de alegatos y juzgamiento y se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión por escrito, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl. 357).

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE: Guardó silencio.

PARTE DEMANDADA: Expuso que los hechos en que se funda la demanda

carecen de soporte legal y probatorio, puesto que no se configuran elementos que constituyan la responsabilidad patrimonial del Estado. Aduce que las pruebas dan cuenta que no existe culpabilidad del Municipio de Tunja por los deslizamientos presentados.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

7. CONTROL DE LEGALIDAD

No habiendo encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada, se procederá a resolver de fondo la cuestión debatida, previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del numeral 1° del artículo 133 del CCA, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. PROBLEMA JURÍDICO

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

- *¿Si la sentencia de primera instancia analizó la responsabilidad objetiva del Estado, teniendo en cuenta como causa petenti, el cambio del POT que estableció en el área construida luego de haberse otorgado licencia urbanística, una zona de cárcava?*

- *¿Si la sentencia de primera instancia erró en el análisis probatorio de las pruebas testimoniales, del dictamen pericial aportada al plenario, y del documento del CLOPAD, las cuales evidenciaban que la causa del daño alegado era producto de las aguas de recogía la zanja de coronación construida por el Municipio de Tunja?.*

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:

3. TESIS

La Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, conforme al análisis surtido por el a quo, habida cuenta que las pruebas obrantes en el plenario no lograr tener la eficiencia probatoria para endilgar la responsabilidad estatal que se pretendía con la demanda. Además, se deja en claro que la causa petendi no puede ser modificada y en esa medida, los fundamentos fácticos advertidos en el recurso de apelación, no pueden ser atendidos, pues la causa alegada por la demandante fue la construcción de la zanja de coronación y no el cambio del uso del suelo, donde se ubica el predio de propiedad de la parte actora.

4. CASO CONCRETO

El apoderado de la parte demandante centra los argumentos del recurso de apelación en **(i)** el indebido análisis del caso concreto por parte del *a quo* en razón a que aparentemente no realizó el examen relativo a tener la actora una licencia de urbanismo que la habilitaba a construir antes que el POT estableciera el área como zona de cárcava y por tanto, la construcción se realizó ante la confianza legítima que irradian los actos administrativos, además, **(ii)** que no se analizaron las pruebas con el verdadero valor que le correspondía, pues ellas determinaban que el daño causado a la vivienda, era producto de la zanja de coronación construida por el ente municipal.

Al respecto, la Sala comienza por aclarar que de la lectura íntegra de la demanda, se evidencia que el daño alegado consiste en la construcción de una zanja de coronación de aproximadamente 50 metros de longitud que no fue debidamente canalizada sino que se dejó en tierra, y que según el demandante, en un primer momento impidió el acceso a la casa de habitación en la parte correspondiente a una bodega, desestabilizó el talud del margen derecho de la casa, causando deslizamiento sobre el área de la zona de patios, y de la vía principal, antejardín, sardineles, y andenes, y que luego de unos arreglos realizados por la parte actora, se siguió deslizando la tierra por la filtración de las aguas que se depositan en la zanja mencionada.

De igual manera, se encuentra en los hechos expuestos, que la zanja fue construida sin ningún tipo de estudio técnico y que simplemente se abrió la

brecha y se dejó sin hacer el recubrimiento en cemento o canalizar las aguas que allí se recibían, asegurando que lo anterior fue lo que originó la filtración de las aguas por debajo de casa, además, que la desembocadura en el caño provocó el deslizamiento del talud y por tanto, el debilitamiento de las bases del inmueble (folios 2 y 3).

Para mayor concreción del daño, las pretensiones interpuestas están encaminadas a que se declare administrativamente responsable al Municipio de Tunja por *"...todos los perjuicios causados a la demandante con ocasión de las actuaciones irregulares de las obras ejecutadas el 1 (sic) día 18 de mayo de 2011 por parte de la oficina asesora de planeación del Municipio de Tunja, en coordinación con la secretaria de desarrollo y con apoyo de soldados del Batallón Bolívar y maquinaria del Municipio, fecha en que se construye en el Barrio Bolívar una zanja de coronación de aproximadamente 50 metros de longitud que descarga aguas lluvias a la cárcava, esto con el fin de dar manejo adecuado a las aguas lluvias del sector evitando riesgos de inundación" (fl. 4).*

Lo anterior, se reafirma con el litigio fijado en la audiencia inicial llevada a cabo el 12 de marzo de 2015, en donde se concretó: si la construcción de la zanja recolectora de aguas lluvias, era la causante de los daños de la vivienda de la demandada.

En ese orden de ideas, no existe controversia acerca del daño conforme la alegación de la parte actora, por lo que aceptar los argumentos expuestos en el recurso de alzada, sería aceptar que la *causa petendi* o la razón de la pretensión no era la construcción de la zanja de coronación, sino el cambio de uso de suelo porque existía una licencia urbanística que permitía la construcción de la vivienda para el año 1997, aun siendo una zona de cárcava que generaba inestabilidad en el terreno y afectación a la construcción por la constante remoción de tierra en el área, lo cual tan solo quedó identificado con el cambio del POT del año 2002.

Ahora bien, cabe señalar que en la acción de reparación directa resulta perfectamente viable que en virtud del principio *iura novit curia*, el juez pueda efectuar el juzgamiento bajo la óptica de un régimen de responsabilidad diferente al aducido en la demanda, pero siempre que con ello no modifique, en modo alguno, **los fundamentos fácticos de las pretensiones**. Al respecto, vale la pena precisar que de tiempo atrás, el máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo ha sostenido dicha postura:

"De acuerdo con lo anterior, la Sala reitera la tesis de que la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio iura novit curia, pero precisa con relación a dicha característica una excepción: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la Administración, sino que ***directamente*** *se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar,* ***de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda*** *los fundamentos de derecho invocados por el demandante.*

"En las controversias sobre responsabilidad extracontractual del Estado, materia en la cual, si bien existen algunas normas generales consagradas en la legislación positiva, aplicables que pueden ser invocadas en la demanda, tales como el artículo 90 de la Constitución Nacional, que de manera abstracta sirve de fundamento jurídico a la responsabilidad del Estado, lo cierto es que no existe un régimen legal positivo que regule de una manera precisa y detallada dicho tema, lo que hace que el juez pueda encontrar fundamentos de derecho diferentes a los propuestos en la demanda, pero sin que pueda modificar la causa petendi de la misma, que como ya se precisó la constituyen los hechos mismos en que se fundamenta.

"De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la Sala precisa que si es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio iura novit curia, ***pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos tácticos de la pretensión, expuestos en el libelo, los cuales constituyen su causa petendi y son los precisados por el actor, y no otros.***

Así en esta materia, lo importante es la realidad y naturaleza de los hechos y no la calificación jurídica que les pueda dar el demandante, todo lo cual coincide con 10 dispuesto con nuestra legislación positiva, concretamente por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, la sentencia debe analizar "los hechos en que se funda la controversia".[1] *(resaltado de la Sala)*

A turno, y en pronunciamientos más reciente se ha dicho que:

"... que la Corporación ha determinado que los escenarios en que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado se debe dar aplicación al principio iura novit curia, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o la motivación de la imputación aplicable al caso, ***potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, los hechos que se enuncian en la***

[1] Consejo de Estado, Sala Plena de esta Corporación en sentencia S -123 del 14 de febrero de 1995

demanda como fundamento de la pretensión.. *."*[2] *(resaltado fuera de texto).*

Así las cosas, es claro para la Sala la imposibilidad de la parte demandante de variar por vía de impugnación, el fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda, puesto que si bien se indicó jurisprudencialmente, que es posible que el juez de la causa modifique el régimen de responsabilidad extracontractual aplicable a casos de esta naturaleza (medio de control de reparación directa), tal facultad no permite que se modifiquen, de manera total o parcial, las imputaciones fácticas que sustentan las prensiones; de aceptarse de esa manera dicha modificación, se incurriría en violación al debido proceso y en especial al derecho fundamental de defensa de la entidad demandada.

En efecto, la controversia se fijó en torno a los hechos relacionados en la demanda, y si bien sostuvo que gozaba de un título válido para construir, esta imputación se hizo para afirmar que desde esa época y hasta que se realizó la construcción de la zanja por parte de la entidad territorial, no había sucedido situaciones de tal magnitud que lo afectaran; frente dichos fundamentos es que la parte demandada contestó la demanda, y se decretaron las pruebas; si se admitiere que el demandante pudiere cambiar radicalmente tales las imputaciones fácticas, establecidas inicialmente en su demanda, a partir de la apelación, se estaría dejando a la parte demandada sin la posibilidad de haber pedido pruebas o aportado las necesarias para controvertir los nuevos hechos y las nuevas imputaciones a través de las cuales se le pretende responsabilizar, cuestión que equivaldría a lesionar gravemente su derecho de defensa.

Bajo esta óptica, en el caso concreto que aquí se estudia, manteniendo la *causa petendi* plasmada en la demanda, la Sala procederá a establecer si el daño ocasionado en la casa de habitación de la parte actora, conforme con las pruebas que echa de menos el recurrente, permiten concluir que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado a través del Municipio de Tunja en ese hecho, o si por el contrario, tal como lo analizó el *a quo* dichas pruebas no son suficientes para imputar el daño a la entidad demandada, y por tanto debe mantenerse la decisión de denegar las pretensiones.

De este modo, obran las siguientes pruebas:

---

[2] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil quince (2015) Radicación número: 76001233100019970325101 (20.507)

- Testimonio rendido por la señora **Liliana Tamayo Vicaria** (fl. 516-517 y cd Fl. 519) del que se extrae:

Que fue vecina de la parte actora, pues vive en la casa contigua; afirmó que cuando sucedieron los hechos fue de un aguacero que hubo, se filtró todo el agua por las casas, entonces los vecinos pusieron la queja, y lo que hicieron fue traer unos soldados del Ejército y abrieron unas brechas atrás de las casas; que durante el tiempo del 2004 para acá la casa objeto de litis siempre estuvo bien, nunca tuvieron problemas, y después de esa brecha la casa se empezó abrir, el andes se inclinó, y empezó a salir humedad, que se pintó la casa, pero persistió la humedad, lo cual no sucedía antes de que se abriera la brecha, que interpusieron una queja y que abrieron la brecha más arriba, razón por la cual se permite afirmar que la brecha está mal hecha, que se realizaron unos arreglos y que aun así, los daños persisten, que todos los daños sucedieron después de que abriera la zanja, que no ha podido vender la casa por esas circunstancias.

- Testimonio del señor **Dairo Alexander Gómez Romero** (fl. 516 vto -517, Fl. CD 519) del que se extrae:

Que es ingeniero Geólogo y que tiene experiencia en evaluación de riesgos y amenazas con vinculación en el Departamento de Boyacá y Municipio de Tunja por más de 7 años y actualmente es contratista del municipio, además que conoce a la demandante desde cuando laboraban en la Gobernación de Boyacá. Sobre la construcción de la zanja de coronación expone que conoce la situación por una queja presentada, por lo que hizo inspección del lugar, en donde se evidenció la situación de la cárcava y se recomendó una serie de estudios pues con una visita técnica no se tienen los elementos para concretar que los problemas de la vivienda sean a causa de una zanja, por tanto sugirió una patología de la edificación para verificar como se puede arreglar la vivienda, y qué obras se necesitan para la estabilidad de la vivienda, también se solicitó un estudio de suelos para verificar el componente, si fue afectado por el mismo peso de la vivienda o cual fue la causa, pero dicho estudio no se hizo. Dijo que se debía revisar el sistema de alcantarillado, pero en su concepto es necesario hacer un estudio más especializado y no un peritazgo para determinar si la razón de la afectación de la vivienda es a causa de la zanja de coronación.

- Informe de **visita técnica 2012-053** suscrito por el Comité local para la prevención y atención de desastres, el 11 de mayo de 2012, en donde se concluyó, entre otros que:

- La vivienda por tener cimentación profunda no se ha visto afectada, excepto el patio de ropas, donde se presentan fisuras en el piso y juntas de mampostería, al igual que el solar y el antejardín, donde seguramente no tienen cimentación profunda.

- Que la cimentación está consolidada sobre capas de terreno natural ya consolidada.

- Que existe un asentamiento del terreno del lado del zanjón correspondiente a material de relleno, que es más vulnerable en temporada de lluvias, pues se presentan niveles de humedad de los suelos y presentan asentamientos con desplazamiento lateral.

- Que la zanja construida en la parte posterior, **muy probablemente** ayudo a reducir los niveles de humedad de los suelos y **por el contrario frenó el fenómeno de asentamiento del relleno**, lo cual coincide con la temporada de lluvias sostenidas en el año anterior, que tuvo unos niveles de precipitación hasta en un 300% (fl. 34-39).

.- En otro **informe del Clopad, con fecha del 5 de septiembre de 2012** que reposa a folios 49-54, realizado por solicitud de la Personería Municipal de Tunja, se concluyó que:

- Que la zanja construida en el sector está sirviendo como zanja de coronación para proteger el talud.

- Que se necesita revisar con detalle el estudio de suelos y el diseño de la cimentación de la vivienda para verificar si fue adecuada para el material encontrado en el sector, además que puede haber flujo de agua subterránea como se evidencia en el talud que se encuentra hacia la parte frontal donde se observa el problema.

- Puntualmente se concluyó "*Analizado el trazado de la zanja existente en el sitio y el punto donde se está generando el deslizamiento, se evidencia que en el sitio de descole de la zanja no se observan evidencias de movimiento del sector, el movimiento se presenta metros más adelante hacia el jardín, y parte baja de la vivienda (...) con posibilidad que dicho movimiento se haya generado*

por aguas de escorrentía procedente del área encontrada en la parte frontal de la vivienda o flujo de agua subterránea en la arenisca encontrada en el sector, lo cual tiene que definirse con estudios geológico geotécnico del sitio para definir responsabilidades y realizar el diseño de las obras de contención, analizando la topografía del sitio mostrada en la primera imagen la zanja esta sirviendo como recolector de agua de la parte occidental del barrio e impide que fluya por las vías internas del barrio y como consecuencia de esto llegue hacia la parte superior del sitio inestable que está afectando la vivienda en cuestión"

- Dictamen pericial (fl. 472-511):

Luego de identificar el objeto pericial y describir las condiciones actuales del predio, señaló que la vivienda está construida técnica y arquitectónicamente bien, pero que los suelos donde se ubica son de material arenisco, y por tanto la vivienda se ha venido aflojando, y de igual manera, que se presenta reptación del suelo, que facilitan la formación de cárcavas. Sostuvo que el emposamiento de aguas de escorrentía sobre suelos arenosos que a su vez son permeables y por mala construcción de filtros de coronación, hacen que exista receptación que es el resultado de la acción de fuerzas de filtración y gravitación y es un indicador de condiciones favorables para el deslizamiento, además, se sostuvo que, en **el caso concreto pudo ser activado por el aporte adicional de agua a los taludes del sector hecho por la zanja de coronación y puede afectar a las porciones más superficiales del talud o porciones más profundas.** Que la descarga del caudal recogido de la zanja se efectúa en la corona del talud, sin ofrecer un sistema de protección del mismo, lo cual favorece la saturación del sueldo, proceso que facilita el movimiento de las masas.

Por las facultades oficiosas del juez, y al concretar que el dictamen pericial no ofrecía un grado de certeza para llegar al pleno convencimiento de las apreciaciones del perito, se decretó un nuevo dictamen con la finalidad de estudiar el suelo donde se construyó la casa, para determinar si las filtraciones de agua en la vivienda se originaron a partir de la construcción de la zanja de coronación realizada por el Municipio de Tunja.

- Dictamen pericial decretado de oficio (fl. 313-314):

Señaló que no se hizo ningún estudio de suelo, porque la simple visita técnica permitió identificar que **la zanja de coronación, al contrario que perjudicar la infiltración, lo que está haciendo es protegiendo la infiltración por lluvias de escorrentía**, lo cual si no existiera sería mucho más grave la

situación. Sostuvo que todas las casas están construidas en la pendiente del talud, y toda el agua que caiga en el talud va a ir hacia abajo naturalmente porque las rocas mismas están inclinadas hacia esa dirección y la zanja lo que hace es desviar esas aguas y enviarlas a las cárcavas. Afirmó que la zanja por no estar revestida hace que esta filtra agua, pero al mismo tiempo desvía gran parte del agua, pues de lo contraria iría a gran parte de las casas y filtrarse. Que la zanja construida es de coronación y en la mayoría de los casos no se hace en concreto por el movimiento del terreno, pues el concreto se fractura fácilmente, si la dejan abierta es para que el material arcilloso que presenta la zanja sirva a su vez como material impermeabilizable. Reiteró que el agrietamiento que se está dando en la construcción es producto del movimiento del terreno, del fenómeno de la reptación natural que el terreno ha tenido.

En virtud del material probatorio antes enunciado y que cuestionó el recurrente, estima la Sala que las mismas no cuentan con la identidad suficiente para acreditar que los daños causados en la vivienda de la actora sean producto de la construcción de la zanja de coronación, tal como se pasa a explicar.

En relación con los informes del Comité Local para la previsión y atención de desastres, lo que dejó ver fue, que el área en donde está ubicada la vivienda de la actora estuvo afectada en el año 2010 y 2011 por la precipitación de lluvias con niveles superiores al 300% por encima de los niveles máximos promedios registrados por el IDEAM, que la vivienda se encuentra en una secuencia de areniscas frágiles muy fracturadas, y que inclusive la vivienda está cimentada en una roca fragmentada; afirmaciones estas que fueron expuestas también por los dos dictámenes periciales rendidos dentro del plenario.

Frente a la zanja, se consideró que probablemente ayudó a reducir los niveles de humedad en el suelo y que por el contrario frenó el fenómeno de asentamiento del relleno que se venía presentado; entonces, recomendó hacer otros estudios para concretar si el material utilizado para la construcción de la vivienda era apto para el material encontrado en el sector (suelo arenoso producto de la meteorización de la roca insitu), además que era necesario saber si existía flujo de agua subterránea.

Otro aspecto importante que evidenció por el comité de prevención es que en el descole de la zanja no habían evidencias de movimiento de tierra, pero que sí existen esos movimientos en la zona que llega al

antejardín de la vivienda y parte baja de la misma, con la probabilidad de que dicho movimiento se haya generado por aguas de escorrentía procedente del área encontrada en la parte frontal de la vivienda o flujo de agua subterránea, y finalmente, que la zanja está sirviendo como recolector de aguas e impide que fluya por las vías internas del barrio.

Así las cosas, si bien esas documentales indican que la vivienda sufre un deterioro consistente en fragmentación de algunas zonas del predio, en nada se prueba que sea a causa o como consecuencia de la construcción de la zanja de coronación, que precisamente se abrió para mitigar los impactos de las aguas de escorrentía permanentes en la zona; que al contrario de lo señalado por el recurrente, dichos informes acreditan que esa construcción de la zanja alivianó la situación de precipitación de lluvias y de la filtración mayor de aguas que pudiera ocurrir en las casas del sector.

Ahora bien, en relación con las declaraciones rendidas en el proceso, estima la Sala igualmente que no poseen la identidad suficiente para acreditar, con certeza, que los daños del inmueble hubiesen sido causadas por la construcción de la zanja, pues si bien el testimonio de la señora Liliana Tamayo Vicaria indicó que la zanja estaba mal hecha porque fue a partir de allí que se empezaron a presentar los problemas de la vivienda, también es cierto que dio fe que con antelación, las casas de esa área habían sufrido por una precipitación de lluvias y que habían presentado quejas antes las autoridades respectivas, quienes actuaron con la realización de la zanja para mitigar la escorrentía o el agua de lluvia que circulaba por la superficie inclinada del barrio Bolívar de la ciudad, es decir, que la zona se vio afectada por un fenómeno natural de lluvia que produjo afectación en diferentes casas por haberse filtrado agua. Entonces, los señalamientos de la testigo no dejan de ser meras especulaciones que carecen de fuerza suficiente para llevar convicción alguna acerca de su contenido ante el Juez, de tal forma que esa prueba pierde toda eficacia probatoria en este juicio.

Frente al testigo Dario Alexander Gómez Romero, aportado por la parte demandada, analiza la Sala que su testimonio lo fue en calidad de testigo técnico, pues acudió al lugar del insuceso por la labor que desempeña en el Municipio de Tunja, y ante la queja presentada por la comunidad, sin embargo, de su declaración tan solo se concreta que la zanja fue realizada para recoger las aguas lluvias de la parte alta del Barrio Bolívar y evitar filtraciones por la ola invernal presentada en el año 2011, lo cual se

hizo de emergencia para evitar que las viviendas se siguieran viendo afectadas por la infiltración o humedad. En razón a la visita técnica realizada, no pudo concluir con certeza la causa del agrietamiento presentado en el predio de la actora, lo que lo motivo a requerir estudios de suelo más especializados, los cuales no se realizaron, por tanto, esta declaración tampoco puede tener eficacia probatoria como lo pretende la parte actora.

A lo anterior, se añade lo manifestado por la parte actora, frente a las pruebas periciales aportadas al plenario, en el sentido que de afirmar que solo se tuvo en cuenta lo expuesto por el perito designado por la UPTC, al decir, que sin tomar muestras a puro ojo dedujo que la zanja construida evitaba las filtraciones de agua; circunstancia esta que fue evidenciada en todas las intervenciones obrantes en el plenario, pues al unísono se dejó en claro que la zanja de coronación tiene como función recoger las aguas lluvias o escorrentía que vienen de la parte alta del lugar, razón por la cual la afirmación del perito debe ser atendida dentro de la valoración probatoria del juicio en estudio; además, no se desvirtuó la idoneidad del perito conforme lo establece con el artículo 228 y siguientes del Código General del Proceso, por tanto, los conceptos emitidos sobre el objeto de pericia, merecen la atención de esta Sala, tal y como lo hizo el *a quo* en su decisión de fondo.

De igual manera, si el dictamen pericial no coligió lo que sucede o pudiera suceder cuando el agua no corre o se estanca en la misma zanja, no son argumentos que puedan ser analizados por vía de impugnación si no se propició al momento de la contradicción del dictamen, ni tampoco se solicitó aclaración, adición o modificación a que hubiere lugar sobre ese aspecto.

En conclusión, esta Corporación confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 8° del artículo 365 del CGP, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante debido a que, aun cuando resultó impróspera la alzada, no fueron generados gastos en esta instancia y la parte accionada no desarrolló actuaciones dentro de la misma.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de julio de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial *"Justicia Siglo XXI"*.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de Control: Reparación Directa
Rad. No. 150013333002201300111-01
Accionante: Yanet Liliana Quiñones
Accionado: Municipio de Tunja

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
[illegible] 20 [illegible]

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 6 FEB. 2018

DEMANDANTE:	ALEX JAVIER BENÍTEZ NOCOBE
DEMANDADO:	ITBOY
REFERENCIA:	157593333002**201600128**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ASUNTO:	CADUCIDAD - ACTO PRODUCTO DE SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA QUE MODIFICA ACTO DEFINITIVO

Ingresa el proceso para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto dictado en la Audiencia Inicial adelantada el 30 de octubre de 2017, mediante el cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso declaró probada de oficio la excepción de caducidad y dio por terminado el proceso.

I. ANTECEDENTES

El señor ALEX JAVIER BENÍTEZ NOCOBE, por intermedio de apoderado, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. RP 15491-275 del 4 de agosto de 2015, 306 del 2 de diciembre de 2015 y 111 del 12 de mayo de 2016, expedidas por la entidad accionada, a través de las cuales se decidió el proceso contravencional derivado de la orden de comparendo No. 99999999000000220496**7** del 17 de mayo de 2015, se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la anterior determinación y se resolvió una solicitud de revocatoria directa, respectivamente (f. 18).

Conocida la demanda por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, la misma fue tramitada hasta la Audiencia Inicial, donde se declaró probada de oficio la excepción de caducidad y dio por terminado el proceso, que es la decisión objeto de la alzada.

II. DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. Del auto recurrido

Se trata del auto dictado en la audiencia adelantada el 30 de octubre de 2017, por medio del cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de

Sogamoso declaró probada de oficio la excepción de caducidad y dio por terminado el proceso, bajo los siguientes argumentos (f. 33):

Sostuvo que la decisión de la solicitud de revocatoria directa conservó la situación particular del ciudadano frente a la Administración pues persistió su calificación como contraventor de las normas de tránsito; empero, aduciendo errores de forma, el ITBOY redujo la intensidad de la sanción, lo que constituía una modificación de los actos demandados en beneficio del demandante pero no la revocatoria de la decisión inicial.

Agregó que la Resolución No. 111 del 12 de mayo de 2016 no era un acto autónomo sino ligado estrechamente a la actuación administrativa y solamente modificó la Resolución No. 306 del 2 de diciembre de 2015 sin alterar la decisión primigenia, esto es, la Resolución No. RP 15491-275 del 4 de agosto de 2015, por lo que este último quedó incólume respecto de la declaratoria de la contravención.

Por lo anterior, realizó el cómputo de la caducidad teniendo como referencia la notificación del acto que resolvió el recurso de apelación para agotar la actuación administrativa, coligiendo que la oportunidad para demandar venció el 19 de julio de 2016, en contraste con la fecha en que efectivamente se interpuso el libelo, esto es, el 13 de septiembre de 2016.

Expuso que esto no significaba que el acto que resolvió la solicitud de revocatoria directa no pudiera ser objeto del control de legalidad ante esta jurisdicción, sino que *"por corresponder a un acto complejo inescindible de los actos que modifica (...) se predica que la demanda de nulidad debió interponerse dentro del mismo término de caducidad del medio de control que atañe a la actuación originaria"*, pues este trámite no revivía los términos fijados en la ley.

2. Fundamentos del recurso

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación pidiendo que se revoque la decisión, con los siguientes razonamientos (CD f. 205; Min. 18:26-21:51):

Sostuvo que los actos acusados, incluyendo el que resolvió la solicitud de revocatoria directa, conformaban un acto complejo y enunció las características de este tipo de decisiones.

Refirió que con el acto que resolvió la solicitud de revocatoria directa se generó una situación jurídica nueva, debido a que los argumentos con los que la Administración sustentó la sanción variaron sustancialmente.

Agregó que la disminución de la sanción se basó en debilidades probatorias, lo que en realidad generaba un daño antijurídico.

III. CONSIDERACIONES

1. Procedencia y oportunidad del recurso de apelación

Al respecto, el inciso final del numeral 6° del artículo 180 del CPACA establece lo siguiente:

> *"(...) **El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación** o del de súplica, según el caso. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, como el contenido de la providencia recurrida coincide con la decisión enunciada en precedencia, resulta clara la viabilidad de la apelación.

Asimismo, el recurso fue interpuesto y sustentado oralmente una vez fue notificado el proveído, cumpliendo los requisitos contemplados en el artículo 244 numeral 1° del CPACA[1], y del mismo se corrió traslado a las partes, quienes tuvieron la oportunidad de pronunciarse al respecto.

2. Del estudio del recurso de apelación

Antes de iniciar el estudio de la apelación, precisa la Sala que el argumento relativo a la causación de un daño antijurídico en virtud de las supuestas debilidades probatorias en el proceso sancionatorio no será objeto de estudio, en razón a que no se relaciona con la excepción que fue declarada y que es objeto de la alzada. Así las cosas, el análisis se contraerá a los argumentos relativos a (i) la configuración de un acto complejo y (ii) la generación de una situación jurídica nueva con el acto que resolvió la solicitud de revocatoria directa, y la incidencia de lo anterior en el cómputo de la caducidad.

Como lo ha expuesto repetidamente el Consejo de Estado, la revocatoria directa es un mecanismo que permite que la misma autoridad administrativa que expidió un acto -o su superior- lo revise (de oficio o a petición de parte) y, de ser el caso, lo expulse del ordenamiento, pero únicamente por las causales establecidas en el artículo 93 del CPACA que consisten en (i) la manifiesta oposición a la Constitución o a la ley, (ii) la no conformidad u oposición al interés público o social, y (iii) la causación de un agravio injustificado[2].

---

[1] *"(...) ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. **Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma.** De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

[2] CE 4, 7 Oct. 2016, e11001-03-24-000-2014-00389-00(21286), M. Briceño.

Una característica esencial de esta figura consiste en los efectos de la petición de revocatoria directa y su decisión, que están descritos en el artículo 96 del CPACA como sigue:

> *"(…) ARTÍCULO 96. EFECTOS. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo. (…)"*

Así las cosas, a primera vista podría afirmarse que en ningún caso la petición de revocatoria o su decisión modifican la situación particular y concreta del ciudadano ni su oportunidad para acceder a la Administración de Justicia; no obstante, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha expuesto la correcta hermenéutica del anterior precepto, así:

> *"(…) la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el acto que **niega** la revocatoria directa **no es demandable** ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puesto que no crea una situación jurídica nueva o diferente a la creada por el acto cuya revocatoria se pide. **Diferente ocurre cuando la administración accede a revocar el acto, puesto que ahí sí se genera una nueva situación jurídica frente al acto revocado. En este evento se entiende que un acto administrativo [el que revoca directamente] sustituye a otro [el revocado], constituyéndose en una decisión susceptible de ser demandada en vía judicial**. (…)"*[3] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, para determinar si el acto producto de la petición de revocatoria directa es demandable debe identificarse primeramente el sentido de la decisión, ya que únicamente será pasible de control si accede a revocar el acto definitivo, caso en el cual este nuevo acto sustituye el original.

En el *sub lite*, la **Resolución No. 111 del 12 de mayo de 2016** (que resolvió la petición de revocatoria directa) no accedió ni negó totalmente la solicitud que le dio origen, sino que tuvo un efecto intermedio, que fue modificar la dosificación de la sanción previamente impuesta al accionante por haber sido hallado contraventor de las normas de tránsito (redujo el valor de la multa y el tiempo de suspensión de la licencia de conducción).

Frente a lo anterior, el auto recurrido adujo que la referida decisión no era autónoma, conformaba un acto complejo con las previamente expedidas (cuestión también alegada en la apelación) y era demandable, pero que el término de caducidad empezaba a correr con la notificación de los actos expedidos con antelación dentro de la actuación administrativa, en concordancia con lo prescrito en el artículo 96 del CPACA.

Al respecto, la Sala comparte la apreciación acerca de la existencia de un acto complejo, precisando que se trata de uno de carácter impropio circunstancial, de acuerdo a la clasificación doctrinal acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

---

[3] *Ibíd*.

> *"(…) 1.2.2.2. Complejo impropio circunstancial […] Nace como acto simple, pero deriva en acto complejo por la ocurrencia de circunstancias jurídicas posteriores a su nacimiento que dan lugar a pronunciamientos posteriores con su mismo contenido, cuando esos varios pronunciamientos posteriores provienen del mismo órgano que profirió el inicial, son internos,* ***lo cual se da usualmente en virtud del uso de los recursos de la vía gubernativa dentro de la misma entidad u organismo, contra actos que ponen fin a una actuación administrativa****, y en virtud del carácter unitario que el artículo 138 del anterior C.C.A. le da al acto inicial o principal y a la serie de pronunciamientos que decidieran dichos recurso que contra aquél se interpusiesen, al estipular que 'si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen'. […] Igual alcance le da ahora el artículo 163 del CPACA en cuanto establece que 'Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.' […]* ***Se está pues ante una complejidad impropia porque comúnmente los recursos se surten dentro del mismo órgano, aunque lo sean en instancias diferentes, por lo tanto los distintos pronunciamientos que se integran al acto inicial son proferidos por un solo órgano*** *[…] Se ha dado por sentado que los actos que confirmen o modifiquen un acto que ha sido objeto de tales recursos, se integran con este, subsumiéndose en una unidad, en un todo, resultando así una complejidad que es eventual, circunstancial, por cuanto* ***depende de la interposición de recursos y de la circunstancia de que la decisión de estos sea confirmatoria o modificatoria de aquél, ya que si lo revoca, simplemente se sustituye por otro. Si hay confirmación y modificación por declaraciones dadas en la vía gubernativa en virtud de los recursos pertinentes, estas declaraciones vienen a conformar un todo con el acto objeto de tales recursos****. Ello explica la disposición atrás transcrita del citado artículo 163 del CPACA y del artículo 138 del anterior C.C.A., derogado por la Ley 1437 de 1911* (sic). *(…)"*[4] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este caso, en criterio de la Sala la complejidad del acto no solo comprende los actos expedidos dentro de la actuación administrativa propiamente dicha (acto definitivo y el confirmatorio de éste), sino que se extiende al que decidió la solicitud de revocatoria directa en tanto que modificó los efectos de la declaración unilateral de la voluntad de la Administración. Así, la ejecución de la sanción no puede llevarse a cabo sin considerar las tres decisiones en su conjunto, ya que la dosificación de la sanción es la que da contenido concreto a la declaratoria de configuración de la contravención.

Por ende, fuerza concluir que los actos acusados no son autónomos sino que conforman una unidad o -en términos de la jurisprudencia precitada- un todo, lo que implica que para que eventualmente sea declarada su nulidad tengan que ser atacados conjuntamente[5]. Nótese entonces que no importa que la decisión de la solicitud de revocatoria no hubiera reemplazado totalmente los actos originales (principalmente el inicial, que tiene carácter de definitivo a voces del artículo 43 del CPACA[6]) o que no hubiera accedido íntegramente a

---

[4] CE 1, 17 Ago. 2017, e05001-23-31-000-2000-03882-02, R. Serrato.

[5] Entendiendo esto en concordancia con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 163 del CPACA.

[6] *"(…) ARTÍCULO 43. ACTOS DEFINITIVOS. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación. (…)"*

la petición del ciudadano de expulsar del ordenamiento la sanción[7], sino que hubiera alterado la situación jurídica previamente determinada, como en efecto ocurrió en el *sub lite*.

Esta conclusión en realidad no difiere de lo dicho por el *a quo*, pero la Sala no comparte las consecuencias concretas que en primera instancia se dieron a la existencia del acto complejo. En este sentido, en la providencia recurrida se indica que, en razón a que el acto que resolvió la solicitud de revocatoria directa no había modificado la imposición de la sanción sino únicamente su dosificación, la caducidad comenzaba a contarse desde la notificación del acto mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión inicial (sancionatoria) en agotamiento de la actuación administrativa.

En criterio de la Sala, esta tesis expone dos contradicciones; en primer lugar, se acepta que el acto producto de la petición de revocatoria no es autónomo sino que conforma una unidad con los expedidos dentro de la actuación administrativa, pero hace nugatorios los efectos de lo anterior, esto es, la alteración de la situación jurídica del accionante. En otras palabras, el *a quo* señala que los tres actos conforman una unidad y, al mismo tiempo, considera los dos primeros como autónomos frente al tercero, que es con el que se determinan finalmente cuáles son las repercusiones materiales para el actor de ser encontrado contraventor.

En segundo lugar, se afirma que el acto producto de la solicitud de revocatoria es demandable, pero que el término de caducidad comienza a computarse desde que se notificó el acto que confirmó en sede de apelación la decisión definitiva dentro de la actuación administrativa, lo que en últimas significa que la oportunidad para acceder a la jurisdicción inició antes de que fuera expedido.

Respecto a lo anterior, mal podría considerarse que la caducidad de un acto que se considera demandable comience a correr antes de su notificación, pues inclusive podría ocurrir que la entidad resuelva la solicitud de revocatoria directa, alterando la situación jurídica del ciudadano, más de 4 meses después de haber expedido el acto definitivo que se revoca o modifica, lo que daría a entender que la caducidad se configuró antes del nacimiento del acto, que se reitera, en todo caso sería enjuiciable.

Por lo tanto, debe concluirse que si el acto expedido en virtud de la petición de revocatoria directa altera la situación jurídica del ciudadano, ya sea total o parcialmente, se traduce en demandable por conformar una unidad con el acto definitivo y los que resolvieron los recursos presentados contra éste en sede

[7] Debe tenerse en cuenta que en el caso bajo estudio el accionante elevó la solicitud de revocatoria directa pidiendo, valga la redundancia, la revocatoria total de las Resoluciones Nos. RP 15491-275 del 4 de agosto de 2015 y 306 del 2 de diciembre de 2015 o, en su defecto, que "*se MODULE la sanción a mi poderdante a fin de hacer menos gravosa la situación laboral y económica*" (f. 108).

administrativa, de existir[8]. En este evento, la caducidad debe comenzar a contarse desde la notificación del acto que decide la solicitud de revocatoria directa, toda vez que no puede computarse desde antes de que el afectado se entere de la modificación de su situación particular y concreta.

Teniendo clara esta premisa, se observa que la **Resolución No. 111 del 12 de mayo de 2016** fue notificada al demandante el 12 de mayo de 2016 (f. 101), por lo que el término de caducidad comenzó a correr desde el día siguiente y se suspendió con la presentación de la solicitud de conciliación ante el Ministerio Público, lo que ocurrió el 24 de junio de 2016 (f. 140). Así las cosas, habían trascurrido 1 mes y 11 días y, por antonomasia, **restaban 2 meses y 19 días para el fenecimiento de la oportunidad legal.**

El trámite conciliatorio finalizó con la expedición de la constancia respectiva el 18 de julio de 2016 (f. 140 v.), de manera que el término se reanudó el día siguiente, siendo la demanda radicada el 14 de septiembre de 2016, es decir, 1 mes y 26 días, lo que implica que el medio de control fue iniciado oportunamente.

Por todo lo estudiado, la Sala revocará la decisión apelada, mediante la cual se declaró probada de oficio la excepción de caducidad y se dio por terminado el proceso.

IV. DE LAS COSTAS PROCESALES

Con base en lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas a la parte recurrente en razón a que aquello sólo procede tratándose de la sentencia de primera o segunda instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto dictado en la Audiencia Inicial adelantada el 30 de octubre de 2017, mediante el cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso declaró probada de oficio la excepción de caducidad y dio por terminado el proceso, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

---

[8] Esta expresión debe entenderse en concordancia con el artículo 94 del CPACA, sin obviar que si la Administración resuelve de fondo la petición de revocatoria directa elevada con base en la causal 1ª del artículo 93 *ibídem* a pesar de haberse previamente interpuesto los recursos procedentes, esta situación no puede afectar el derecho al acceso a la Administración de Justicia radicado en cabeza del afectado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOYACÁ

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE
NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO
Nº 20 DE HOY 10 FEB 2017
A LAS 8:00 A.M.

SECRETARIA

Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No. 5

Magistrada: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, - 7 FEB 2018

Medio de Control: Ejecutivo
Demandante: Desiderio Correa Suárez
Demandado: *Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional*
Expediente: *15001 3333 002* ***2017 00009-01***

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación (fol. 117-118), y no encontrando pruebas por decretar, se precisa fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia de ***sustentación y fallo*** *de que trata el artículo 327 del C.G.P., cuyo propósito se dirige a: i) escuchar la sustentación de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte ejecutante y ejecutada contra la sentencia proferida en primera instancia, la cual, debe versar* ***exclusivamente*** *en los motivos de inconformidad expuestos en la audiencia llevada a cabo el 27 de septiembre de 2017, cuyo registro magnético y acta de la diligencia obra a folios 95-103; ii) escuchar las alegaciones finales; y iii) emitir el fallo correspondiente.*

En consecuencia se

Resuelve:

1. *Señalar el día* ***jueves 22 de febrero de dos mil dieciocho (2018)*** *a la hora de las* ***dos de la tarde (02:00 p.m.)****, en la Sala de Audiencias ubicada en el quinto piso del Palacio de Justicia de Tunja, para la celebración de la audiencia de que trata el artículo 327 del CGP.*

2. *Por Secretaría comuníquese a las partes en las direcciones electrónicas o físicas que obran en el expediente, respectivamente.*

3. *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 ELECTRONICO

El auto que antecede, de fecha de dos mil dieciocho (2018) 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
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 07 FEB 2018 FEB 20

Medio de Control	:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**Pablo Rafael Barón Roa**
Demandado	:	**Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP**
Expediente	:	**15001-33-33-004-2014-00212-01**

Magistrado ponente: Luís **Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a dictar nuevamente sentencia en el asunto de la referencia, dando cumplimiento a lo ordenado por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda -Subsección A, en fallo de 28 de septiembre de 2017, emitido dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Pablo Rafael Barón Roa contra este Tribunal.

Se procede luego a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2015, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La parte actora por intermedio de apoderado judicial concurre ante está jurisdicción, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 138 del CPACA, con el fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones RDP 013011 de 24 de abril de 2014 y RDP 019529 de 24 de junio de 2014, por medio de las cuales la Unidad Administrativa

Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

A título de restablecimiento solicita que la demandada reconozca y pague la pensión de vejez, de que trata el artículo 10° del Decreto 546 de 1971, equivalente al 25% del último salario devengado, más un 2% por cada año de servicio, a partir del 1° de enero de 2013, fecha en que cumplió 65 años.

De igual manera que se ordene indexar desde el momento en que adquirió el derecho, es decir desde el 1 de enero de 2013 hasta cuando se realicen los pagos; que se condene en costas a la parte demandada y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, manifiesta el accionante que laboró para la Rama Judicial desde el 1° de septiembre de 1977 hasta el 15 de septiembre de 1985; que el último cargo que desempeñó fue el de Secretario del Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja.

Que el día 11 de marzo de 2014 solicitó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, petición que fue negada por la entidad demandada a través de las Resoluciones RDP 013011 de 24 de abril de 2014 y RDP 019529 de 24 de junio de 2014.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de 20 de febrero 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 de conformidad con lo previsto en el inciso 6° del artículo 199 del CPACA (fls. 49 y 50).

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo Rafael Barón Roa
Demandado : Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
Expediente : 15001-33-33-004-2014-00212-01

1. Contestación de la demanda

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que las mismas carecen de fundamento jurídico.

Sostiene que el demandante laboró para la Rama Judicial desde el 1° de septiembre de 1977 al 15 de septiembre de 1985 conforme al certificado de información laboral obrante en el expediente, que nació el 5 de enero de 1948 y que actualmente cuenta con 67 años de edad; que acredita un total de 2895 días laborados, correspondientes a 413 semanas y que el último cargo desempeñado fue el de secretario.

Que de conformidad con el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, se observa que es requisito sine-qua non que el actor haya cumplido 20 años continuos o discontinuos al servicio del estado; que para este caso el actor no cuenta con el tiempo suficiente para proceder al reconocimiento de la prestación reclamada.

2. Audiencia inicial

Mediante proveído de 17 de julio de 2015 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 180 del CPACA (fl. 106).

Evacuadas las etapas previstas en la audiencia inicial celebrada el 13 de agosto de 2015, el a quo procedió a fijar fecha para llevar a cabo audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 ibídem (fls. 114 y 115).

3. Audiencia de pruebas

El día 3 de septiembre de 2015, se realizó la audiencia de pruebas conforme al artículo 181 del CPACA, en donde se incorporaron las decretadas, de ahí que se ordenó correr traslado para presentar alegatos a las partes.

4. Alegatos de conclusión

La parte demandada recalca que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 10° del Decreto 546 de 1971, toda vez que éste consagra que para obtener la pensión de vejez se requiere estar activo dentro del servicio judicial o del Ministerio Público, es decir, que para el momento del cumplimiento de los 65 años de edad se esté laborando y se cuente con no menos de 5 años de servicio, razón por la cual no se puede proceder al reconocimiento de la prestación reclamada, pues el actor, aun cuando acredita un tiempo de servicio de 2895 días, correspondientes a 413 semanas, en el año 2013 momento en que cumplió los 65 años no se encontraba laborando.

Por su parte el apoderado de la parte actora solicita lo siguiente: "concurrentemente como se relaciona los documentos del expediente solicito subsidiariamente a las pretensiones de la demanda una pensión de invalidez o amparo que haya lugar en vista de la vulnerabilidad del señor Pablo Rafael Barón Roa y el principio de interpretación de la demanda".

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja mediante fallo proferido el 10 de diciembre de 2015, declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 013011 de 24 de abril de 2014 y RDP 019529 de 24 de junio de 2014 expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, mediante las cuales negó el reconocimiento pensional al señor Pablo Rafael Barón Roa, y a título de restablecimiento del derecho ordenó a la entidad demandada a reconocer y pagar

al actor la pensión especial de jubilación por retiro forzoso, la cual deberá liquidarse con base en el artículo 10° del Decreto 546 de 1971, es decir, con equivalente a un 25% del último sueldo devengado, más un 2% por cada año de servicio, sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, junto con los reajustes de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, efectiva a partir del 1° de enero de 2013.

Indica el a quo que el Consejo de Estado ha señalado que "El mandato contenido en los artículos 10 del Decreto 546 de 1971 y 136 del Decreto 1660 de 1978, debe articularse con las normas supra legales que protegen los derechos de las personas de la tercera edad, ordenan aplicar los principios de favorabilidad en materia laboral e irrenunciabilidad de las prestaciones sociales, que tienen fuerza vinculante, y criterios auxiliares como la equidad. No puede pasar por alto la Sala que el decreto 546 de 1971 fue expedido 20 años antes de la expedición de la nueva Carta, la cual consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho y que en desarrollo de ese postulado impone brindar estándares mínimos de seguridad a los coasociados".

Frente al caso concreto señala el a quo que el demandante cumplió con los requisitos para acceder a la pensión especial de jubilación consagrada en el artículo 10° del Decreto 546 de 1971 excepto el de encontrase activo en el servicio judicial al momento de cumplir la edad de retiro forzoso, sin embargo el no cumplimiento de este requisito a la luz del análisis jurisprudencial de la interpretación del principio de equidad y el derecho fundamental a la igualdad, no es impedimento para que le sea reconocido su derecho pensional cuando se verifique el cumplimiento de los demás requisitos que impone el artículo 10° del Decreto 546 de 1971.

Sostiene que como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no es suficiente para determinar la aplicación del régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, sino que también es necesario haber estado afiliado al régimen especial en el momento en el que el régimen de transición entró en vigencia, situación que se cumple en el presente caso, toda vez que, el accionante se vinculó con la Rama Judicial y laboró por más de 5 años continuos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, en vigencia del régimen contenido en el

Decreto 546 de 1971, del cual se solicita su aplicación, en consideración a haber adquirido una expectativa legitima frente a su derecho pensional.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuestos por el apelante, se contraen a los siguientes aspectos:

Sostiene que el demandante laboró para la Rama Judicial desde el 1° de septiembre de 1977 al 15 de septiembre de 1985; que el actor nació el 5 de enero de 1948; que acreditó un total de 2895 días laborados, correspondientes a 413 semanas y que el último cargo desempeñado fue el de Secretario.

Manifiesta que para el presente caso no es posible dar aplicación al artículo 10° del Decreto 546 de 1971, toda vez que este contempla que para obtener una pensión de vejez se requiere estar activo dentro del servicio judicial o del Ministerio Público, es decir que para el momento del cumplimiento de los 65 años de edad se esté laborando y se cuente con no menos de 5 años de servicio.

Concluye afirmando que a pesar de que el demandante cuenta con más de 8 años de servicio, se encuentra retirado desde el año de 1985 y para el año 2013, en que cumplió los 65 años de edad no se encontraba laborando en ninguna entidad, razón por la cual no procede el reconocimiento de la pensión de vejez en los términos reconocidos.

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 (fl. 194).

En providencia de 22 de abril de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 200).

A través de proveído de 13 de junio de 2016 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. 203), oportunidad que aprovechó la parte demandada para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de alzada y la parte demandante para solicitar se ratifique la sentencia proferida por el a quo.

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 determinar este Tribunal si tal como lo resolvió el a quo, el señor Pablo Rafael Barón Roa tiene derecho a que se le reconozca la pensión especial de vejez de que trata el artículo 10° del Decreto 546 de 1971, o si por el contrario le asiste razón a la entidad demandada en el sentido de que el actor no tiene derecho a ese beneficio pensional por no cumplir con todos los requisitos establecidos para su reconocimiento, de ahí que deba ser revocada la sentencia de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

Para resolver el problema jurídico previamente se hará referencia a los siguientes tópicos: (i) el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y su relación con el derecho a la seguridad social; ii) el régimen especial de los funcionarios de la rama judicial y del Ministerio Público establecido en el Decreto 546 de 1971; (iii) criterio del Consejo de Estado: existencia de sentencia de unificación sobre la materia; y (iv) análisis del caso concreto.

3. El régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su relación con el derecho a la seguridad social

La Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales que existían anteriormente a su promulgación, y creó un régimen unificado de seguridad social. No obstante, con el fin de proteger las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior, el legislador estableció un régimen de transición en el artículo 36 de la Ley 100, el cual dispone lo siguiente:

> "La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.
>
> **La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.**
>
> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
>
> Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.
>
> Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.
>
> Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.
>
> **PARÁGRAFO.** Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las

> semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio" Resaltado fuera de texto

Se tiene entonces que en virtud de la disposición normativa referenciada, el régimen de transición permite que los derechos pensionales se consoliden con sujeción a la normativa del régimen al que se encontraba afiliado el trabajador al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), si para esa misma fecha reunía los siguientes requisitos: tener 35 años de edad si son mujeres, o 40 años o más si son hombres, o tener 15 o más años de servicios para ambos casos.

La Corte Constitucional en sentencia C- 789 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, ha definido el régimen de transición como "un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo".

Así, en la Sentencia C-789 de 2002, en la que se estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los cuales excluyen del régimen de transición a quienes voluntariamente deciden afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, bajo el argumento de que desconoce que los beneficios del régimen de transición son un derecho adquirido, la Corte señaló que la finalidad de dicho régimen es proteger las expectativas legítimas de los trabajadores, y con fundamento en esta consideración declaró exequibles los incisos demandados, bajo el entendido que (i) no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-; (ii) el monto de la pensión de estas personas de debe calcular conforme al sistema en el que se encontraran afiliados; y (iii) en el caso de las personas que se trasladaron al régimen de ahorro individual, pueden beneficiarse del régimen de transición si retornan al régimen de prima media y "a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de

ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media".

La Corte Constitucional también ha sostenido que se configura una vía de hecho por defecto sustantivo cuando se desconocen las prerrogativas derivadas del régimen de transición. Esta posición ha sido expuesta, por ejemplo, en la Sentencia T-013 de 2011, en la que la Corte revisó la tutela interpuesta por una persona que solicitó su pensión de vejez a la Universidad de Antioquia, pero ésta se la negó, argumentando que no le aplicaba la Ley 33 de 1985 por no ser beneficiaria del régimen de transición, lo cual carecía de sustento, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el accionante cumplía con los requisitos previstos para el efecto. En este fallo el Alto Tribunal indicó que el régimen de transición exige que los trabajadores, para poder obtener su pensión, deben cumplir con los requisitos contemplados en la regulación en la que se empezó a formar el derecho. En palabras de la Corte:

> "En síntesis, cuando los trabajadores cumplen con las condiciones establecidas en el régimen de transición, quedan exceptuados de que se les aplique el nuevo estatuto y por tanto, no tienen que cumplir requisitos más gravosos introducidos por la reciente ley, para acceder al mismo derecho; tampoco tienen que esperar, para consolidar su derecho, más tiempo del que habían previsto conforme a la regulación bajo la cual éste comenzó a formarse".

Ahora bien, con respecto a la frase "en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados" del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha adoptado distintas interpretaciones. En un principio, el Alto Tribunal, en la **Sentencia C-596 de 1997**, señaló de forma categórica que en virtud de este aparte del precepto, **para ser beneficiario de un régimen especial en razón del régimen de transición, resultaba necesario estar afiliado al mismo al momento de entrar en vigencia de Ley 100 de 1993**, es decir, al 1° de abril de 1994.

En dicha providencia, esa Corporación estudió la constitucionalidad del inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, específicamente la expresión "al cual se encuentren afiliados". Los accionantes consideraban que la expresión era violatoria del principio de favorabilidad y establecía una discriminación entre quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo Sistema de Seguridad Social Integral, a pesar de cumplir los requisitos para beneficiarse del régimen de transición, no se encontraran en ningún régimen especial o lo estaban en uno menos beneficioso. La Corte, por su parte, consideró que era razonable exigir que quien reclama los beneficios de un régimen especial en virtud del régimen de transición, se encontraran afiliados a él al momento de transito legislativo. Sus principales razones fueron las siguientes:

En primer lugar, la Corte Constitucional adujo que en consideración a que la Ley 100 de 1993 busca proteger una expectativa a ser pensionado bajo las reglas del régimen al cual se encontraba inscrito el trabajador, resulta necesario que efectivamente el beneficiado estuviera en el régimen cuya aplicación reclama al momento de entrar a regir la Ley 100, de lo contrario, no existía ninguna expectativa que proteger. La Corporación señaló:

> "(…) quienes a la fecha de entrada en vigencia de la ley se encontraban trabajando y adscritos a un determinado régimen pensional, no tenían propiamente un derecho adquirido a pensionarse según los requisitos establecidos por ese régimen; tan solo tenían una expectativa de derecho frente a tales condiciones o exigencias. No obstante, la nueva ley de seguridad social les concedió el beneficio antes explicado, consistente en la posibilidad de obtener la pensión según tales requisitos. Obviamente, la Ley 100, justamente en la expresión demandada, exigió que los acreedores a tal beneficio estuvieran afiliados a algún régimen pensional.
>
> Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior." Subrayado fuera de texto

En segundo lugar, señaló que el principio de favorabilidad se aplica cuando efectivamente se tiene expectativa frente a un derecho. Señaló expresamente la Corporación:

> "El principio de favorabilidad supone que existen dos normas jurídicas que regulan una misma situación de hecho, y que una de ellas es más favorable que la otra. Pero

> ambas normas deben estar vigentes en el momento en que el juez que analiza el caso particular va a decidir cuál es la pertinente. La violación del principio de favorabilidad laboral que se plantea en la demanda, se estructura por la comparación entre el nuevo régimen y el régimen derogado, por lo cual carece de fundamento, ya que no estando de por medio derechos adquiridos, al legislador le es permitido definir libremente los requisitos para acceder a un derecho-prestación de contenido económico-social, tal cual es el derecho a la pensión de jubilación".

Posteriormente, este Alto Tribunal adoptó la tesis contraria y señaló que para ser beneficiario de un régimen especial en virtud del régimen de transición, no resultaba necesario estar inscrito en él al 1° de abril de 1994. Por ejemplo, la Corte, en la Sentencia T-483 de 2009, consideró que se presentaba una vía de hecho por parte de Cajanal al exigir a un ex Magistrado haber estado vinculado al régimen especial cuya aplicación exigía, al momento de entrar en vigencia la Ley 100. Sobre el particular, dijo expresamente:

> "En el caso concreto, al momento de entrar en vigencia el decreto 1293 de 1994 (24 de junio de 1994), el peticionario contaba con 42 años de edad y 19 años, 4 meses y 11 días laborados, tal y como el mismo Cajanal admite en el texto de su resolución núm. 37419 del 6 de agosto de 2008. La vía de hecho se configura porque Cajanal considera que el peticionario debía contar con 20 años de servicios continuos a 20 de junio de 1994, cuando lo cierto que el artículo 2° del decreto 1293 de 1994 prescribe que para ser beneficiario del régimen pensional especial de los congresistas se precisa que a 1° de abril de 1994 la persona contase con 40 años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, y 'Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.' Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que el mencionado decreto opera un reenvío hacia el decreto 1359 de 1993, en lo que atañe a la forma de liquidar la pensión. En este orden de ideas, es evidente que Cajanal incurrió en una vía de hecho administrativa, por cuanto inaplicó las normas legales pertinentes al momento de reconocer y liquidar una pensión de vejez."

Esta posición fue reiterada en las sentencias T-631 de 2002 y T-771 de 2010, entre otras.

Sin embargo, en la Sentencia T-353 de 2012, la Sala Séptima de Revisión propuso a la Sala Plena de la Corte Constitucional hacer un cambio en esta posición y retornar a la tesis original de la sentencia C-596 de 1997, por considerar que la tesis de la sentencia T-483 de 2009 **constituye una desnaturalización del régimen de transición.**

En dicha sentencia, la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por el Seguro Social contra del Juzgado Treinta Penal del Circuito de Bogotá, por considerar que había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, ya que ordenó, en sede de tutela y de manera definitiva, el reconocimiento y pago de una pensión especial para magistrados de altas cortes en favor de la señora Adelina Covo Guerrero, pese a que ésta no cumplía con los requisitos de edad y semanas cotizadas necesarios para la aplicación del régimen consagrado en los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994. Dicha Corporación consideró que esta normativa no le era aplicable, por cuanto la señora Covo Guerrero, a la entrada en vigencia de la Ley 100, no se encontraba afiliada al régimen pensional de magistrados de altas cortes. En dicho fallo, se sostuvo:

> "Esta Sala no comparte que en casos como el estudiado en esta ocasión, se aplique el régimen de pensiones de la Rama Judicial y del Ministerio Público a aquellas personas que a 1 de abril de 1994 no se encontraban vinculados a alguna de las dos dependencias, **pues de lo contrario se desnaturaliza el régimen de transición**.
>
> De hecho, el propósito del legislador al establecer el régimen de transición fue garantizar el respeto por las expectativas que algunas personas tenían con relación a la adquisición de un status pensional al cotizar en un sistema o régimen distinto a los que se crearían con la Ley 100 de 1993. En efecto, el inciso segundo del artículo 36 de la referida ley, establece que: 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.**
>
> Así, el régimen de transición conservó las antiguas disposiciones legales bajo las cuales las personas venían haciendo sus aportes a la seguridad social y exigió el cumplimiento de ciertas condiciones. De modo que las personas que a 01 de abril de 1994 tuvieran 35 años o más, si son mujeres, y 40 años o más, si son hombres, mantendrán 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 del régimen anterior al que se encontraban afiliados.
>
> Ahora bien, cuando se dice 'el régimen anterior al que se encontraban afiliados' **¿A qué se hace referencia? Para la Sala, la respuesta lógica y razonable es que se hace alusión al régimen al que se encontraban afiliados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993**.
>
> De lo anterior se desprende otro interrogante: Si los beneficios que confiere el régimen de transición se traducen en la preservación de los factores pensionales con base en los cuales las personas tenían la expectativa de pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 ¿Es admisible que las personas que a 01 de abril de 1994 no tuvieran la expectativa de pensionarse con tales factores pensionales, posteriormente pretendan adquirir su pensión con base en los mismos? Para la Sala la respuesta no puede ser afirmativa, ya que no se aplicaría el régimen en el que cotizaban las personas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, sino

> que debido a una favorabilidad indiscriminada se aplicaría un régimen al que las personas ni siquiera aspiraban a 01 de abril de 1994". Resaltado fuera de texto

Esta Sala entiende que la existencia del régimen de transición es en sí misma una manifestación del principio de favorabilidad, pues permite a las personas pensionarse conforme a un régimen que, aunque desapareció con la Ley 100, en virtud del régimen de transición tiene efectos ultractivos para quienes se encontraban afiliados a él y, por tanto, tenían una expectativa legítima de pensionarse según sus reglas. En este orden de ideas, el régimen de transición permite, en el marco de una transición normativa, aplicar de forma ultractiva una reglamentación que es más favorable al trabajador.

En segundo término, trae la Sala a colación el hecho de que textualmente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala que "**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, <u>será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados</u>**". El tiempo verbal en el que está conjugado el verbo encontrar -presente- evidencia que el legislador hacía referencia al régimen en el que se encontrara vinculado el trabajador en el momento de expedición de la Ley 100. Por tanto, conforme a una interpretación literal, es inevitable concluir que para que a una persona se le aplique la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios cotizados, el número de las semanas cotizadas y el monto de la pensión del régimen anterior a la Ley 100, debía estar afiliado a él al entrar en vigencia el nuevo sistema.

En tercer término, encuentra la Sala una interpretación teleológica de la Ley 100 que refuerza la tesis anterior. La Ley 100 de 1993 busca proteger la expectativa a ser pensionado bajo las reglas del régimen al que pertenecía el trabajador cuando comenzó el tránsito normativo. Teniendo en cuenta esta finalidad –protección de expectativas que ya habían surgido al amparo de un arreglo normativo e institucional-, resulta necesario que efectivamente el beneficiado estuviera en el

régimen cuya aplicación reclama al momento de entrar a regir la Ley 100, de lo contrario, no existiría ninguna expectativa que proteger.

4. De la pensión vitalicia de jubilación por retiro forzoso del régimen especial de los funcionarios de la rama judicial y del ministerio público

El Decreto 546 de 1971, "por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares", es como uno de los varios regímenes especiales que existían antes de la entrada en vigencia del nuevo Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Dicho régimen contempla, entre otros beneficios, reglas especiales en materia de vacaciones judiciales, pensiones, riesgos profesionales, asistencia por maternidad, cesantía, auxilio funerario, prestaciones médicas, aportes, plan habitacional, y revisión de sueldos y pensiones para funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público.

En particular, con respecto a la pensión ordinaria de jubilación, los artículos 6° y 7° determinaban que:

> "(...) los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.
>
> Si el tiempo de servicio exigido en el primer inciso del artículo anterior se hubiere prestado en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público en lapso menor de 10 años, la pensión de jubilación se liquidará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la rama administrativa del Poder Público". Resaltado fuera de texto

El régimen también contemplaba unas reglas especiales para el reconocimiento de la pensión de jubilación para quienes alcanzan la edad de retiro forzoso en servicio. Al respecto, el artículo 8 del decreto en cita indicaba que:

> "Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público que deban separarse de su cargo por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, tendrán derecho al producirse su retiro, a una pensión vitalicia de jubilación que se les liquidará o reliquidará con el 75% de la mayor asignación devengada en el último año de servicio y sin límite de cuantía, siempre que el beneficiario hubiere servido durante 20 años, continuos o discontinuos, en el servicio oficial, de los cuales los últimos 3 por lo menos, lo hayan sido en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público". Subrayado fuera de texto

Finalmente, el artículo 10 establecía una pensión especial de vejez para quienes al cumplir la edad de retiro forzoso, no reunían los requisitos para obtener la pensión ordinaria de jubilación:

> "Los funcionarios a que se refiere este Decreto, que lleguen o hayan llegado a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial o del Ministerio Público, sin reunir los requisitos exigidos para una pensión ordinaria de jubilación, pero habiendo servido no menos 5 años continuos en tales actividades, tendrán derecho a una pensión de vejez equivalente a un 25% del último sueldo devengado, más un 2% por cada año servido". Resaltado fuera de texto

De lo anterior se puede ver que el Decreto 546 de 1971 hizo una clara diferenciación entre la pensión ordinaria vitalicia de jubilación y la pensión vitalicia de jubilación por retiro forzoso de los funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público. Al respecto, determinó que aquellos funcionarios que hubieran llegado a la edad de retiro forzoso sin reunir los requisitos exigidos para una pensión ordinaria de jubilación, y que no tuvieran 20 años continuos o discontinuos de servicio oficial, pero que hubieran servido no menos de 5 años continuos en tales actividades, tendrían derecho a una pensión de vejez equivalente a un 25% del último sueldo devengado, más un 2% por cada año servido.

5. Del criterio del Consejo de Estado: existencia de sentencia de unificación sobre la materia

El Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación de jurisprudencia de 12 de septiembre de 2014, dentro del expediente 1434-2014, siendo Consejero Ponente, el Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), dio aplicación al Decreto 546 de 1971 a una exfuncionaria de la Rama Judicial que no estaba

vinculada a ésta en fecha 1° de abril de 1994, pues había trabajado "en la Universidad del Cauca del 4 de mayo de 1982 al 18 de abril de 1995".

En la anterior providencia, se dispuso lo siguiente:

> "De conformidad con el recaudo probatorio obrante en el proceso, se evidencia que la actora desempeñó labores al servicio de la Rama Judicial en el cargo de Juez Adjunto de los Juzgados Penales Municipales de Popayán desde el 6 de febrero de 1981 hasta el 11 de abril de 1982 (fl. 18); **en la Universidad del Cauca del 4 de mayo de 1982 al 18 de abril de 1995** (fl. 62); en el Consejo de Estado en calidad de Magistrada Auxiliar desde el 2 de septiembre de 2002 hasta el 31 de enero de 2006 y del 16 de mayo de 2006 hasta el 10 de enero de 2008 (fl. 52); como Procuradora Primera Judicial II Administrativo de Bogotá entre el 11 de enero de 2008 y el 17 de enero de 2008 (fl. 53); nuevamente como Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado desde el 18 de enero de 2008 hasta el 12 de mayo de 2010 (fl. 52); y, el último cargo que desempeñó fue en calidad de Consejera de Estado entre el 13 de mayo de 2010 y el 31 de octubre de 2011 (fl. 52).
>
> Nació el 12 de abril de 1957 (fl. 4).
> (...)
>
> **De las anteriores probanzas la Sala infiere, que la demandante desempeñó sus labores al servicio del Estado por más de 20 años**, ocupando como último cargo el de Magistrada de Alta Corte, entre el 13 de mayo de 2010 y el 31 de octubre de 2011, **habiendo completado para esta última fecha, un tiempo total como servidora judicial, de 10 años y 3 meses.**
>
> Además, con ocasión de su nacimiento el 12 de abril de 1957, se tiene que para el 1° de abril de 1994, fecha en la que entró en vigor la Ley 100 de 1993, afirmó su *status* de transición, al haber cumplido más de 35 años de edad; situación, que la habilita como destinataria del Decreto 546 de 1971, que en el artículo 6° exige para el reconocimiento de la pensión, el cumplimiento de 50 años de edad y de 20 años de servicio continuo o discontinuo, de los cuales por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente al servicio de la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o en ambas actividades. Y está comprobado, que laboró más de 20 años, de los cuales fungió 10 años al servicio de la Rama Judicial y a la fecha de presentación de la demanda superó los 50 años de edad."
>
> **Lo que se traduce en que la actora, al amparo del régimen de transición determinado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es destinataria del régimen especial que para los funcionarios de la Rama Judicial contempla el Decreto 546 de 1971** y, cumple con los presupuestos establecidos por su artículo 6°, para predicar que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión en el equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiera devengado en el último año de servicio en su calidad de Magistrada de una Alta Corporación de Justicia, efectiva desde el día siguiente al retiro, es decir, desde el 1° de noviembre de 2011, con la inclusión de los factores denominados sueldo, gastos de representación, prima especial de servicios y prima de navidad, debiendo la demandada realizar las deducciones correspondientes frente a los aportes no efectuados, tal como el *a quo* lo determinó." Resaltado fuera de texto

Conforme lo expuesto, se puede concluir entonces que en el asunto de unificación jurisprudencial mencionado, dentro del cual, la actora era beneficiaria del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cumplir con el requisito de la edad, el Consejo de Estado **no exigió como condición sine qua non para la aplicación del Decreto 546 de 1971, que a 1° de abril de 1994 la exfuncionaria de la Rama Judicial hubiera estado vinculada a esta en servicio activo**.

En efecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, encargada de dirimir los conflictos laborales entre el Estado y los particulares, ha considerado, en pluridad de sentencias, que **el requisito de vinculación al momento de cumplirse la edad de retiro forzoso no es óbice para el reconocimiento de la pensión al exfuncionario petente**, pues, entre otros criterios, **el Decreto 546 de 1971 debe articularse con los principios y valores jurídicos introducidos al ordenamiento a través de la Constitución Política de 1991. Como los de igualdad y equidad, que exigirían no discriminar a quienes por no estar activos laboralmente al cumplir la edad de retiro, y a pesar de satisfacer los demás presupuestos de la norma, se les negara el derecho pensional**. Así lo indicó en la sentencia de 26 de octubre de 2006, radicado 1999-06034-01:

> "El mandato contenido en los artículos 10 del Decreto 546 de 1971 y 136 del Decreto 1660 de 1978, debe articularse con las normas supra legales que protegen los derechos de las personas de la tercera edad, ordenan aplicar los principios de favorabilidad en material laboral e irrenunciabilidad de las prestaciones sociales, que tienen fuerza vinculante, y criterios auxiliares como la equidad.
>
> No puede pasar por alto la Sala que el Decreto 546 de 1971 fue expedido 20 años antes de la expedición de la nueva Carta, la cual consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho y que en desarrollo de ese postulado impone brindar estándares mínimos de seguridad a los coasociados."[1]

De igual manera, en sentencia de 13 de julio de 2006, la misma Sección Segunda, respecto de la aplicabilidad de los principios de equidad y *pro operario* frente a ciertos requisitos que debían cumplir los exfuncionarios para acceder a la pensión de jubilación, dijo:

---

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A, sentencia del 26 de octubre de 2006, M.P. Jaime Moreno García. Radicación: 25000232500019990603401.

> **"La equidad para remediar injusticias**, cuando existe omisión legislativa para solucionar el caso concreto (…)
>
> Sin embargo, **puede ocurrir que el juez se encuentre en presencia de una situación completamente nueva, por no haber contemplado el legislador un caso especial y en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Es en este punto donde la equidad es remedial, en tanto busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión, dadas las particularidades de la situación objeto de examen** (…).
>
> No hay duda entonces que tiene aplicación el principio "pro operario" a que alude el artículo 230 Superior, que consagra la equidad como un criterio del que se auxilia el sentenciador para fundar su decisión."[2] Resaltado fuera de texto

Asimismo, en sentencia de 1 de marzo de 2012, la Sección Segunda destacó la necesidad de observar el derecho a la igualdad para interpretar el contenido de los artículos 10 del Decreto 546 de 1971 y 136 del Decreto 1660 de 1978, manifestando, en aquella ocasión, lo siguiente:

> **"No es coherente con el sistema jurídico ni encuentra justificación razonable, reconocer pensión de vejez a quienes estaban vinculados al sevicia al momento de cumplir 65 años y negar este derecho a quienes no estaban activos laboralmente al cumplir la edad, por diferentes circunstancias, cuando los demás presupuestos del derecho pensional se cumplen, esto es la edad y el tiempo mínimo, y por ende es justo, razonable y coherente con el sistema jurídico reconocer la prestación en el caso analizado**. El supuesto de hecho del artículo 10 del Decreto 546 de 1971 y el alcance de esta norma debe armonizarse con los principios y valores básicos del ordenamiento jurídico, contenidos en los preceptos constitucionales referidos y desde esta perspectiva se considera que ambas situaciones quedan subsumidas en la norma."[3] Resaltado fuera de texto

Como se observa, el Consejo de Estado ha dado prioridad a los principios constitucionales de equidad e igualdad frente al requisito del artículo 10 del Decreto 546 de 1971 que exige al funcionario estar vinculado a su dependencia para acceder a la pensión por retiro forzoso, pues ha considerado que no es razonable ni justo, reconocer el derecho a unos y privárselo a otros, por un hecho que, en la mayoría de los casos, es ajeno a su voluntad, tesis ésta que acogerá la Sala.

---

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 13 de julio de 2006. M.P. Ana Margarita Olaya Ferrero.
[3] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 1 de marzo de 2012. Radicación: 2002-13488-01. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

6. Del caso concreto

Se tiene acreditado en el expediente lo siguiente:

-Que el señor Rafael Pablo Barón Roa nació el 1 de enero de 1948, por lo que en la actualidad cuenta 70 años de edad (fl. 15)
-Que trabajó para la Rama Judicial desde el 1° de septiembre de 1977 hasta el 15 de septiembre de 1985, es decir, un total de 8 años y 15 días, siendo su último cargo el de Secretario del Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja (fl. 17)

-Que para el 1.° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 46 años de edad (fl. 15)

-Que el 11 de marzo de 2014, solicitó a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, el reconocimiento, liquidación y pago de una pensión de vejez conforme al contenido del artículo 10 del Decreto 546 de 1971 (fls. 25 a 31)

-Que el 24 de abril de 2014, mediante Resolución RDP-013011, la UGPP negó la solicitud (fls. 32 y 33)

-Que el 14 de mayo de 2014, interpuso recurso de apelación (fls. 35 a 39), el cual fue resuelto negativamente por la entidad a través de la Resolución RDP-019529 de 24 de junio de 2014, en la cual, además, se le indicó que había agotado la vía gubernativa (fls. 40 y 41)

Teniendo en cuenta lo anterior se encontró probado que el señor Pablo Rafael Barón Roa nació el 10 de enero de 1948, por lo que al 1.° de abril de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad, con lo cual, según el artículo 36 ibídem y la jurisprudencia del Consejo de Estado ya mencionada, sería beneficiario del régimen de transición y, por tanto, le serían aplicables las disposiciones contenidas en los decretos 546 de 1971 y 1660 de 1978.

Fue precisado en la demanda y en los actos administrativos para la negativa del derecho pensional del actor, la falta de requisitos del accionante para acceder a la pensión ordinaria que consagra el artículo 6° del Decreto 546 de 1971.

El artículo 6° del Decreto 546 de 1971 dispone lo siguiente:

> **"Artículo 6**. Los funcionarlos y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto (16 de junio de 1971), de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas".

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 546 de 1971 determina:

> **"Artículo 10.** Los funcionarios a que se refiere este Decreto, **que lleguen o hayan llegado a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial** o del Ministerio Público, **sin reunir los requisitos exigidos para una pensión ordinaria** de jubilación, **pero habiendo servido no menos de 5 años continuos** en tales actividades, **tendrán derecho a una pensión de vejez equivalente a un 25% del último sueldo devengado, más un 2% por cada año servido.**" Resaltado fuera de texto

Teniendo en cuenta que el señor Pablo Rafael Barón Roa trabajó para la Rama Judicial por un periodo superior a los 5 años exigidos por el artículo 10 (8 en total), se puede colegir que el único requisito que no cumple para hacer efectivo su derecho a la pensión subsidiaria es el de haber estado en "el servicio judicial" al momento de cumplir su edad de retiro forzoso, por lo que la Sala acatará la postura acogida por la Sección Segunda en la sentencia de unificación del 12 de septiembre de 2014 y, en consecuencia, no considera una condición ***sine qua non,*** para aplicar el régimen especial, que el señor Barón Roa, como exfuncionario de la Rama Judicial, hubiera estado vinculado al servicio al momento de cumplir su edad de retiro forzoso, ya que, se itera, dicha condición fue establecida por la Corte Constitucional para los exfuncionarios que pretendieran solicitar la pensión ordinaria de que trata el artículo 6° del pluricitado Decreto 546 de 1971, y no la del artículo 10 ibídem.

En estas condiciones, y teniendo en cuenta que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el actor contaba con más de 40 años de edad (nació el 1 de enero de 1948) y trabajó al servicio de la Rama Judicial de manera ininterrumpida dentro del periodo comprendido entre el 1.° de septiembre de 1977 y el 1 de septiembre de 1983 (8 años y 15 días), **le asiste el derecho a la pensión de vejez consagrada en el artículo 10 del Decreto 546 de 1971.**

En definitiva, en este caso la Sala observa el precedente de unificación jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado en torno a la aplicación del Decreto 546 de 1971 para los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual no es condición *sine qua non* para aplicar el régimen especial de la Rama Judicial, el hecho de que el funcionario hubiera estado vinculado a esta a 1.° de abril de 1994, la cual, en el caso del señor Barón Roa, tiene cabida tanto para la aplicación del mencionado régimen especial como para el reconocimiento de su pensión en los precisos términos del artículo 10 del decreto en cita, en tanto no es de justicia exigirle una circunstancia que escapa a su voluntad, como lo es que al momento de cumplir sus 65 años (enero de 2013) siguiera vinculado al servicio.

7. Conclusión

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, reconocer y pagar la pensión especial de jubilación por retiro forzoso en favor del señor Pablo Rafael Barón Roa, la cual, tal como lo precisó el a quo, debe liquidarse conforme al artículo 10 del Decreto 546 de 1971, es decir, equivalente a un 25% del último sueldo devengado, más un 2% por cada año de servicio.

8. 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,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja el 10 de diciembre de 2015, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pablo Rafael Barón Roa
Demandado : Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
Expediente : 15001-33-33-004-2014-00212-01

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

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 15001-33-33-004-2014-00212-01)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifico por estado
No. 20 de hoy. 08 FEB 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 07 FEB 2018

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante: **Manuel Antonio Corre Sanabria**
Demandado: **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social**
Expediente : **15001-33-33-004-2016-00106-01**

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 23 de febrero de 2017, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito 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 No RDP 038999 del 23 de septiembre de 2015 por la cual se le negó la reliquidación de la pensión de vejez al demandante, la nulidad de la resolución No RDP 052296 del 09 de diciembre de 2015 en la cual se resuelve el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la negativa de reliquidación

A título de restablecimiento solicita que la demandada reconozca y ordene pagar la pensión de jubilación, con los ajustes pensionales decretados en las Leyes 4 de 1976 y 71 de 1988, se condene a pagar el 75% de la totalidad de los factores de salarios devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio, que se pague la diferencia de las mesadas desde que adquirió el estatus pensional hasta la inclusión en nómina con la totalidad de los factores salariales demandados, que se indexen tales sumas, y que se condene a la entidad al pago de intereses moratorios.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Con fundamento de sus pretensiones, manifiesta que por reunir los requisitos para el efecto, Cajanal le reconoció y pago una pensión de jubilación mediante la Resolución No 32115 del 19 de diciembre de 2000 la cual le fue reliquidada mediante la Resolución 34575 del 18 de julio de 2007 efectiva a partir del 10 de agosto de 2006, para el cálculo de dicha pensión solo se tuvo en cuenta la asignación básica, bonificación por servicios prestados y horas catedra, sin tener en cuenta la totalidad de los factores y el último año de servicios.

Indica que por lo anterior radicó solicitud de reliquidación resuelta de manera negativa mediante Resolución RDP 038999 del 23 de septiembre de 2015, contra la cual formuló recurso de apelación, el cual le fue negado mediante el segundo de los actos administrativos demandados en nulidad.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida por auto del 31 de agosto de 2016, 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 (fls. 47-49).

1. Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda en los siguientes términos:

Sostiene que el demandante adquirió el estatus de pensionado en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que se encuentra inmersa dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36, el cual establece únicamente tres requisitos; el de edad, tiempo de servicios necesario, y monto de la pensión; de manera que el reconocimiento pensional efectuado se realizó conforme a derecho.

En cuanto a los factores de liquidación manifiesta que al demandante le es aplicable el artículo 1° del Decreto 691 de 1994 que incorpora a los trabajadores públicos al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, además, se le debe aplicar el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

Igualmente señala que la Ley taxativamente enumera los factores salariales con los que se debe calcular el ingreso base de liquidación para otorgar la pensión de los empleados oficiales, por lo que ninguno de los factores solicitados por el demandante están establecidos allí, además de dichos pagos no obra prueba de aportes o cotizaciones al sistema, por lo que no podrán ser contemplados a efectos del reconocimiento del monto de la pensión.

Solicita dar aplicación a las sentencias C- 258 de 2013, SU 427 de 2016 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.

Por último la entidad demandada dentro de la contestación de la demanda, propuso como excepciones; *"inepta demanda de los presupuestos procesales, 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"*.

La demandada formuló llamamiento en garantía en contra de la UPTC el cual fue negado en auto de 12 de enero de 2017 (fls. 10-11 del Cd de llamamiento en garantía).

2. Audiencia inicial

Evacuadas las etapas previstas en la audiencia inicial el *a quo* 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. FALLO RECURRIDO

Mediante fallo proferido en audiencia el 23 de febrero de 2017, se declaró la nulidad de las Resoluciones No RDP 038999 del 23 de septiembre de 2015 y RDP 052296 del 09 de diciembre de 2015 mediante la cual la UGPP, negó la reliquidación de la pensión del demandante y resolvió el recurso de apelación, ordenando a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a partir del 11 de agosto de 2006 en cuantía del 75% con inclusión de lo devengado en el último año de servicios, esto es, entre el 10 de agosto de 2005 hasta el 10 de agosto de 2006, pero con efectos fiscales a partir del 8 de mayo de 2012 teniendo en cuenta los factores de: gastos de representación, sueldo, cátedras, cátedras prima de navidad, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios y prima de servicios.

Dispuso también, declarar probada parcialmente la excepción de prescripción para las mesadas causadas con antelación al 8 de mayo de 2012, su indexación, el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 del C.P.A.C.A., y se abstuvo de condenar en costas.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La entidad demandada (fls. 155-171) se limita a reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda, además solicita se tenga en cuenta si se llegara a presentar una condena en costas en segunda instancia, lo previsto en el art. 188 del C.P.A.C.A. y la jurisprudencia del Consejo de Estado según los cuales solo

procede dicha condena cuando la conducta del demandado ha sido temeraria o abusiva.

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.176), el cual fue admitido en providencia del 14 de julio de 2017 (fl.186).

A través de proveído de 8 de septiembre de 2017 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo traslado para alegar de conclusión (fl.191), oportunidad utilizada por la entidad demandada para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls.194-214).

El Ministerio Público allega concepto en el que hace precisiones sobre el valor vinculante de la jurisprudencia y su connotación de fuente formal y material de derecho, analiza el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y la no aplicabilidad para el caso concreto de las sentencias de la Corte Constitucional C-230 de 2013 y SU-258 de 2015, concluyendo que la decisión adoptada por el a- quo se ajusta a derecho y por tanto solicita sea confirmada (fls. 215-230).

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si procede liquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el último año al retiro del servicio, para quien como el demandante se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Para despejar este interrogante, la Sala considera necesario establecer la posibilidad de liquidarla con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, teniendo en cuenta que no existe controversia respecto a que se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

2. - Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que el demandante se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que por lo mismo se le deben aplicar los requisitos establecidos en la Ley anterior para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, si los dispuestos en la citada norma como lo afirma la parte demandada, o al contrario, los establecidos en la norma anterior como lo expuso el apoderado de la parte actora.

La Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 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, al demandante le es aplicable la citada Ley, toda vez que en virtud del **principio de inescindibilidad** normativa, no se puede para una misma situación fáctica aplicar varias disposiciones normativas.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado:

> "(...) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales"[1]

Entonces, para establecer cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en el caso 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 lo previsto en la decisión precitada, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, además, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Así las cosas, no obstante ser aplicable al accionante para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación las normas establecidas en la precitada Ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto, que debe atenderse el criterio de unificación en mención en el que consideró que la pensión debe liquidarse con base 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,

---

[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 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 en innumerables fallos v. gr la sentencia de 26 de agosto de 2010, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159- 01, asimismo, la sentencia del mismo ponente de 3 de febrero de 2011, expedida por la Subsección B, radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Entonces, esta Sala atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, como en el caso del accionante, se tendrán en cuenta los factores devengados en el último año de servicios y no aquellos sobre los cuales la accionada liquidó.

En tal sentido procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, que conforme a las certificaciones salariales se encuentren acreditados.

Así las cosas, establecido como quedó líneas atrás que, los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la accionante son las Leyes 33 y 62 de 1985, es claro que tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el último año de prestación del servicio esto es, entre el 10 de agosto de 2005 hasta el 10 de agosto de 2006.

De conformidad con la certificación de salarios expedida por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC (fls. 33 a 35), y con los actos administrativos de reconocimiento de la pensión, el último cargo desempeñado por el peticionario fue el de profesor de ingeniería y percibió los siguientes factores salariales en el último año de servicios: asignación básica, bonificación por servicios prestados, horas catedra, gastos de representación, prima de navidad, prima de vacaciones, cátedras prima de navidad y prima de servicios, de los cuales la entidad demandada sólo tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión la asignación básica, bonificación por servicios prestados y horas catedra luego significa que excluyó los restantes.

Ahora bien, sobre las deducciones legales es de señalar que si la accionante no cotizó sobre los factores aquí enlistados, acogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado[2], y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 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 accionante no aportó.

---

[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)

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

3. –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.

4. –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]

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, **evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión**..." (Resaltado fuera de texto)

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[7], enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación

---

[3] *En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."*

[4] *Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*

[5] ***Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.***

[6] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

[7] Ver entre otras, SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

se evidencia un **abuso del derecho** que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "*...Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.*"

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, según se extrae del certificado de información laboral aportado (fls. 31 y 74 a 83) 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.

5. -Costas y agencias en derecho

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la entidad demandada, en virtud a que no prosperó el recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas, igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad

demandada, la suma de $539.404 pesos 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 Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja de fecha 23 de febrero 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 UGPP, la suma de $539.404 pesos.

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

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

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrado

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 9 de hoy. 08 FEB 2018
EL SECRETARIO

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 6 FEB. 2018

ACCIONANTE:	RUBEN DARIO VARGAS MARIN Y OTROS
ACCIONADO:	FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS
REFERENCIA:	150013333005-**2014-150**-01
ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA
TEMA:	PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las entidades accionadas (fls. 565-571 y 572-573), contra la sentencia de primera instancia proferida el 15 de mayo de 2015, por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECENDENTES

1.1 Demanda

Los señores RUBEN DARÍO VARGAS MARÍN, CILIDA ESPERANZA ÁVILA CÁCERES, CLAUDIA ESPERANZA, JORGE ALBERTO Y CARLOS DARÍO VARGAS ÁVILA, DARÍO VARGAS CHICA, LUIS ALBERTO, GLORIA ELENA, NICOLÁS, MARÍA CONSUELO, MARÍA AMPARO Y JHON JAIRO VARGAS MARÍN, por intermedio de apoderado judicial impetraron Acción de Reparación Directa con el objeto de que se declare la responsabilidad de la NACIÓN- RAMA JUDICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION – POLICÍA NACIONAL por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor RUBÉN DARÍO VARGAS MARÍN.

1.2 Pretensiones (fls.8-9)

Los demandantes solicitaron se declare administrativa y patrimonialmente responsable a las demandadas, así:

A la Fiscalía General de la Nación, a título de falla en el servicio de administración de justicia por error jurisdiccional, al vincular al señor Rubén Darío Vargas Marín, al proceso penal radicado bajo el No, 15769-31-01-002-2006-00004-01, y privarlo injustamente de la libertad entre el 19 de mayo de 2004 y el 29 de diciembre de 2005.

A la Rama Judicial a título de falla en el servicio de administración de justicia, por vincular privar de la libertad y juzgar al señor Vargas Marín, por el tiempo que duró la detención.

A la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional a título de falla en el servicio, por la desvinculación de la Institución al actor, mediante Resolución No. 01268 del 10 de junio de 2004, suscrita por el Director de la Policía Nacional.

Que como consecuencia de dicha declaración, se condene a pagar a las entidades demandadas por concepto de perjuicios morales subjetivos y objetivos y a la vida en relación, perjuicios materiales, tales como lucro cesante y daño emergente, hasta el día en que quede en firme la sentencia, por la falla en el servicio materializada con el despido, la privación injusta de la libertad y el error judicial, de que fue víctima el señor Rubén Darío Vargas.

Igualmente solicitó que de las sumas reconocidas en la sentencia sean actualizadas hasta la fecha efectiva del pago ordenado, conforme al IPC y al pago de costas y agencias en derecho.

1.3 Hechos y Omisiones (fls.5-7)

Como fundamentos fácticos de la acción los demandantes enunciaron en resumen los siguientes:

Que el señor Rubén Darío Vargas Marín, se encontraba vinculado con la Policía Nacional en el cargo de Subcomisario para el 23 de junio de 2004, cuando la Fiscalía General de la Nación delegada en derechos humanos y derecho internacional humanitario, dio apertura a la investigación en contra de algunos oficiales incluido el señor Vargas Marín, por el presunto punible de concierto para delinquir, que cursó con el radicado 15769-31-04-002-2006-0004-01.

Que el Director de la Policía Nacional, en uso de sus facultades y una vez enterado de la investigación profirió la Resolución No. 01268 del 10 de junio de 2004, mediante la cual se retira Vargas Marín del ejercicio de funciones y atribuciones policiales y con Resolución No. 01471 del 23 de junio de 2004, decide suspender del ejercicio con efectos a partir del 21 de

mayo de 2004, Resolución que fue modificada por la Resolución No. 02146 del 10 de septiembre de 2004, en el sentido de advertir que la suspensión sería por el periodo de medida de aseguramiento.

Que dentro de la Investigación Penal No. 1889, la Fiscalía 27 Delegada de Derechos Humanos, en fecha 21 de mayo de 2004, decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación ordenando la detención inmediata de Vargas Marín, por los delitos de concierto para delinquir y conformación de grupos armados ilegales, librándose orden de captura, la cual se hizo efectiva el 19 de mayo de 2004.

Que mediante auto de fecha 29 de diciembre de 2005, el Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá, ante la ausencia de elementos en contra de los procesados, decidió conceder la libertad a Rubén Darío Vargas.

Que la resolución acusatoria fue proferida por el delito de sedición, el 10 de mayo de 2005, lo cual cambió la competencia generando una colisión de competencias entre los Juzgados Especializados de Bogotá y los del Circuito de Sogamoso, siendo dirimida por la Corte Suprema de Justicia quien determinó que la competencia recaía en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso.

Que la audiencia preparatoria se celebró el 17 de julio de 2006, y el debate público se llevó a cabo entre los días 14 y 15 de septiembre, 5 y 6 de diciembre de 2006, 14 y 15 de febrero (sin referencia de año) y culminó definitivamente el 9 de noviembre de 2009.

Que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, profirió sentencia de primera instancia el 11 de mayo de 2011, en la que dispuso absolver a los procesados por el delito de sedición, decisión que fue apelada por la Fiscalía; posteriormente el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo – Sala Penal, declaró la prescripción de la acción penal desde el 11 de mayo de 2010 mediante providencia proferida el 17 de abril de 2012.

Que el proceso penal seguido por la Fiscalía, carecía de pruebas contundentes de responsabilidad del procesado, sin embargo, tanto la Fiscalía como el Juzgado de conocimiento, lo mantuvieron por 8 años, para finalmente ser absuelto, configurándose así la privación injusta de la libertad y error judicial.

Que el señor Rubén Darío Vargas, fue retirado del servicio de la Policía Nacional como consecuencia de la investigación penal que cursaba en

su contra, hecho que truncó su carrera militar, además de limitarle la posibilidad de ascensos y los beneficios económicos y sociales, además de los señalamientos y persecuciones a los que se vieron expuestos por los medios y la sociedad, situación que alcanzó a los demás demandantes en su calidad de familiares de Rubén Darío Vargas Marín.

1.4 Fundamentos de derecho (fl. 12-21)

Señaló el apoderado de la parte actora como fundamentos jurídicos violados, la Constitución Política en sus artículos 2 y 90; Ley 270 de 1996 en sus artículos 65, 66, 67, 68 y 69 y en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia.

Basó el concepto de violación en que la Constitución Política estableció el principio de confianza legítima en las Entidades del Estado, al señalar que son fines esenciales del Estado *"servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"*, que igualmente la norma señala que debe *"asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo"*, y finalmente que *"las autoridades de la Republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"*, principio que se traduce en que es el mismo Estado el que debe a través de sus agentes e instituciones, salvaguardar las garantías fundamentales constitucionales a todo ciudadano, lo que a su juicio se ausentó en el caso sub judice por parte de las entidades accionadas, hecho que fue determinante en la falla en el servicio por el actuar de sus funcionarios, por cuanto son estos quienes tienen la obligación de prestar de manera eficiente, oportuna y con calidad, el servicio que les está encomendado máxime cuando se trata de una actividad tan importante como es la de administrar justicia.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Nación- Rama judicial

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- Rama Judicial, por intermedio de su apoderado y estando dentro del término oportuno, allegó escrito de contestación en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones, peticiones y declaraciones de la demanda.

Para fundamentar su defensa arguyó que la privación de la libertad de que fue objeto el señor Rubén Darío Vargas Marín, desde la resolución que

definió su situación jurídica, fue en vigencia de la Ley 600 de 2000, por lo que fue el resultado del ejercicio de la facultad exclusiva y excluyente de la Fiscalía General de la Nación, cuyo levantamiento requería que, se verificara y surtiera plenamente la etapa del juicio, único procedimiento que permite a los Jueces de la República, decidir si la Fiscalía General de la Nación desvirtuó la presunción de inocencia del procesado y dictar en consecuencia, sentencia, como ocurrió en el caso.

Agregó que en todo caso la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, meciante la cual se absolvió al actor, fue proferida de acuerdo a la Constitución, la Ley y las ritualidades y procedimientos establecidos por las normas legales como garantía del debido proceso, por tanto, la diversidad de criterio jurídico entre una y otro instancia es *simplemente* la expresión del principio constitucional de la autonomía judicial, lo cual de ninguna manera comporta la configuración de un error judicial.

Refirió de otra parte que la medida de aseguramiento de la cual fue objeto el señor Vargas Marín, fue impuesta por la Fiscalía General de la Nación, según la competencia contenida en la Ley 600 de 2000, de forma exclusiva, por lo que en el presente caso consideró la existencia de la Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, en la medida que esas determinaciones eran de resorte único y excluyente de la Fiscalía General de la Nación.

Finalizó proponiendo las excepciones que denominó **falta de causa para demandar** y **falta de legitimación en la causa por pasiva.**

2.2. Fiscalía General de la Nación

Presentó escrito de contestación: no obstante, mediante auto del 19 de agosto de 2014, fue requerida esa entidad para que en el término de cinco días siguientes a la notificación allegara poder original debidamente presentado (fl. 471); sin embargo, fue allegado de forma extemporánea por lo que se tuvo como no contestada.

2.3. Nación –Ministerio De Defensa - Policía Nacional

Presentó escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones contra dicha entidad bajo el argumento de que no existen fundamentos que permitan endilgarle responsabilidad alguna a dicha Institución, por cuanto no fue la Policía la que privó de la libertad al demandante, por lo que no existe nexo causal.

Propuso como excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva y cosa juzgada, esta última argumentada en que la parte actora endiga responsabilidad por la expedición del acto administrativo que lo retiro del servicio, por lo que se está frente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, medio de control que cursó bajo el radicado 2004-2677, siendo resuelta en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia del 24 de julio de 2012, en la que se negó las pretensiones de la demanda que se están pretendiendo controvertir en el medio de reparación directa.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, mediante providencia de fecha 15 de mayo de 2015 (fls. 550-561), resolvió:

> *"**PRIMERO.- DECLARAR** probadas las excepciones de cosa juzgada y falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL,** conforme a lo expuesto en la parte considerativa.*
>
> ***SEGUNDO.- DECLARAR** patrimonial y administrativamente responsable a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y a la **NACIÓN- RAMA JUDICIAL,** por los daños causados a los demandantes, como consecuencia de la privación injusta de la libertad que soportó el señor Rubén Darío Vargas Marín entre el 19 de mayo de 2004 y el 2 de enero de 2006, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.*
>
> ***TERCERO.- CONDENAR** solidariamente a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** a reconocer y pagar a favor de los demandantes las siguientes indemnizaciones:*
>
> *i) Por perjuicios **materiales:** al señor Rubén Darío Vargas Marín, en la modalidad de daño emergente, la suma de $16´448.341, y por concepto de lucro cesante, la suma de 82´906.506.*
>
> *ii) Por perjuicios **morales:***
>
> - *Al señor RUBÉN DARÍO VARGAS MARÍN: **100 SMLMV.***

- *A la señora CILIDA ESPERANZA ÁVILA CÁCERES:* ***100 SMLMV.***
- *A CLAUDIA ESPERANZA VARGAS ÁVILA:* ***100 SMLMV***
- *A JORGE ALBERTO VARGAS ÁVILA:* ***100 SMLMV.***
- *A CARLOS DARÍO VARGAS ÁVILA:* ***100 SMLMV.***
- *Al señor DARÍO VARGAS ÁVILA:* ***100 SMLMV.***
- *Al señor LUIS ALBERTO VARGAS MARÍN:* ***50 SMLMV.***
- *A la señora GLORIA ELENA VARGAS MARÍN:* ***50 SMLMV.***
- *Al señor NICOLÁS VARGAS MARÍN:* ***50 SMLMV.***
- *A la señora MARÍA CONSUELO VARGAS MARÍN:* ***50 SMLMV.***
- *A la señora MARÍA AMPARO VARGAS MARÍN:* ***50 SMLMV. Y***
- *Al señor JHON JAIRO VARGAS MARÍN:* ***50 SMLMV.***

CUARTO.- NEGAR *las demás pretensiones de la demanda.*

QUINTO.- *La presente sentencia deberá ser cumplida en los términos de los artículos 192, 194 y 195 CPACA.*

SEXTO.- Condenar *en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.*

(...)."

Para adoptar tal decisión, el *a-quo* realizó un análisis normativo y jurisprudencial frente a la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad a la luz del artículo 90 constitucional, así como lo expuesto en la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de Administración de Justicia.

Frente al caso concreto señaló que dentro del plenario fue debidamente probado que el señor Rubén Darío Vargas, fue investigado y procesado penalmente, inicialmente por el delito de concierto para delinquir agravado y posteriormente por el delito de sedición, que como consecuencia de ello, la Fiscalía General de la Nación, en uso de las facultades que le confiere la Ley 600 de 2000, le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, desde el 19 de mayo de 2004 hasta el 2 de enero de 2006, fecha en que se hizo efectiva la orden de libertad provisional decretada por el Juez Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá, por lo que el demandante estuvo privado de la libertad durante 1 año, 7 meses y 14 días, concluyendo en principio, que éste y sus familiares los aquí demandantes, soportaron un año de incertidumbre.

Más adelante indicó que la antijuridicidad del daño radica en que quien lo padece no tiene el deber jurídico de soportarlo, en ese orden de ideas, señaló que en los casos en que se priva del derecho fundamental a la libertad- valor y principio en sí mismo- a una persona, y ésta es posteriormente absuelta por alguno de los eventos ya referidos, incluido el in dubio pro reo, se está en presencia de un daño antijurídico, toda vez que esta privación, supera a todas luces las cargas normales que llevan los administrados por el hecho de vivir en sociedad. Para soportar su postura trae a colación la sentencia del Consejo de Estado del 29 de mayo de 2014, con ponencia del Doctor Hernán Andrade Rincón, dentro del expediente 37.338.

Añadió el a quo, que en el caso particular el 11 de mayo de 2010, el señor Vargas Marín se encontraba en libertad provisional, siendo proferida sentencia de primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, en el que decide absolver a los allí procesados incluido el demandante, bajo los siguientes argumentos:

> *"es así que ni siquiera se logró establecer hechos reales con informaciones reales, veraces y puntuales respecto de una determinada persona sino que se globaliza y se dice que son informantes y colaboradores de la ACC pero no* ***se logra fijar en tiempo, modo y lugar las citadas informaciones y colaboraciones de los procesados*** *y donde los funcionarios de contrainteligencia, olvidan que los miembros pertenecientes a los grupos especiales de la policía para poder recaudar información deben acudir a todo tipo de personas y* ***considerando que el testimonio de CESAR PONCIANO BEJARANO ACOSTA ALIAS TOÑO O EL ZARCO dio la certeza a este Despacho sobre la inocencia de los procesados así lo declarará"*** *(negrilla de este Despacho)"*

Conforme a lo anterior concluyó que salta a la vista la antijuridicidad del daño padecido por el señor Rubén Vargas y por contera de sus familiares, quienes igualmente tuvieron que soportar las cargas de la medida impuesta y el juicio social de quienes se ven envueltos en procesos judiciales de tipo penal.

Añadió el Juez de instancia que si bien el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, había declarado la prescripción de la acción penal, no menos cierto es que dicho órgano judicial se pronunció sobre los argumentos que sirvieron al fallador inicial para absolver entre otros, al señor Rubén Vargas y su análisis se centró en la verificación de los términos que preveía el antiguo código de procedimiento penal para declarar la prescripción de

la acción, pero tal decisión no es óbice para asegurar que en ningún momento de la segunda instancia se desvirtuó la presunción de inocencia del entonces acusado, la que había llevado al entonces fallador en lo penal, en aplicación del principio del in dubio pro reo a absolver al procesado de todos los cargos que se le imputaban.

Concluyó el a quo que el daño padecido por los demandantes era abiertamente antijurídico, toda vez que en palabras reiteradamente utilizadas por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, estaba más allá de los que normalmente y sin compensación alguna debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario, de tal suerte que la privación de la libertad de una persona que es posteriormente absuelta de los cargos que se le imputan, es una carga que no se está en la obligación de soportar, por lo que consideró procedente imputar al Estado a título de daño especial.

Frente a la Entidad a la que debe imputársele el daño refirió la primera instancia que la Fiscalía General de la Nación profirió en la fase de instrucción la orden de privación de la libertad de Rubén Vargas, orden que se hizo efectiva el 19 de mayo de 2004, posteriormente la privación catalogada por el a quo de injusta, fue prolongada por la Rama Judicial, toda vez que, que según se desprende de la providencia del 29 de diciembre de 2005, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo, una vez calificado el sumario con pliego acusatorio, avocó conocimiento de la causa desde el 17 de mayo de 2005 y solo hasta el 2 de enero de 2006, el entonces procesado recobró su libertad, razón por la cual consideró que en el presente caso, tanto la Rama Judicial como la Fiscalía General de la Nación son responsables de la privación injusta de la libertad de la que fue víctima el demandante, entre el periodo de 19 de mayo de 2004 al 2 de enero de 2006.

Frente al Ministerio de Defensa -- Policía Nacional señaló que no se advirtió fundamento alguno para declarar la responsabilidad contra dicha entidad, por lo que la exonero del hecho dañoso producto de la privación injusta de la libertad, siendo improcedente reabrir un debate como lo fue el acto mediante el cual fue suspendido del ejercicio de funciones en dicha Institución, en la medida que, como resultó probado en el proceso, dicho análisis ya fue objeto de pronunciamiento por ésta Jurisdicción, razón por la cual declaró probada la excepción de cosa juzgada y falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Policía Nacional y declaró patrimonial y administrativamente responsables a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial por los daños irrogados a los demandantes, como consecuencia de la privación injusta de la libertad a la que fue sometida Rubén Darío Vargas Marín.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

4.1. Fiscalía General de la Nación.

Inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación contra la decisión inicial, argumentando para ta., que esa Entidad actuó bajo los parámetros establecidos en al artículo 250 de la Constitución Política, desplegando su actividad respetando los derechos fundamentales del investigado de acuerdo a su misiva como lo fue asegurar la comparecencia de los presuntos infractores.

Que en la providencia objeto de recurso no se refirió a la ilegalidad de la resolución por medio de la cua, se profiere medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva tal y como ha sido dispuesta en la doctrina y la jurisprudencia, pues al ordenarse la detención de una persona, no se le está diciendo que es culpable sino que algunos de los elementos hacen sospechar de ésta y por tanto que la medida es legítima y licita, por cuanto se dicta mediante las formas ordenadas en la Ley y de ningún modo hay ilegalidad por que el hecho que se absuelva no significa que la orden de detención haya sido ilegitima, sino que la apariencia de culpabilidad se desvaneció.

Citó como referente jurisprudencial la sentencia C-106 de 1994 de la Corte Constitucional, en lo relativo a la constitucionalidad de la detención preventiva, cuando la víctima está en la obligación de soportar dicha detención, como compensación de la vida en comunidad y contribución a la recta administración de justicia.

Agregó que el Consejo de Estado, ha sido enfático en referirse sobre el error judicial, en el sentido de que este se configura cuando se cumplen los presupuestos formales establecidos en los artículos 66 y 67 de la Ley 270 de 1996, y además desde que exista una actuación o decisión abiertamente contraria a derecho, que por tal razón no se requeriría un análisis profundo del fallados para que el error se manifieste.

Asimismo, que para que se demuestre la existencia de responsabilidad del Estado debe demostrarse la injusticia en la privación de la libertad, lo que a su juicio no se presentó en el sub judice, pues se realizó una detención legitima, es decir, prevista en la Ley, con la libertad de apreciación que se confiere al Juez, para proferirla de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la íntima convicción, siendo improcedente ningún tipo de indemnización; insistió que la detención realizada al señor Rubén Vargas por parte de la Fiscalía obedeció a las pruebas legalmente aportadas en la investigación y con ella no se vulneró ningún derecho fundamental, ajustándose a la providencia que la determinó a las exigencias tanto de fondo como de forma que prevé la Ley Penal, además por que existían indicios graves de

responsabilidad y suficientes que cumplían los requisitos exigidos por la norma procedimental penal para la época de los hechos.

Que en el caso sub examine, no se configuraron los presupuestos esenciales que permitan estructurar alguna clase de responsabilidad en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, teniendo en cuenta que la actuación se surtió de conformidad con lo establecido en la Ley 600 de 2000 y culminó en trámite de segunda instancia a causa del fenómeno jurídico de la prescripción por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, arguyendo que la prescripción operó incluso desde la fecha en la cual fue proferida la decisión de primera instancia, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso.

Que el entonces acusado fue recluido en Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá el 1º de mayo de 2004 hasta el 29 de diciembre, fecha en la cual el Juzgado Noveno Penal Especializado de Bogotá, concede libertad condicional al actor, por cuanto la Fiscalía 27 delegada en Derechos Humanos de Bogotá, mediante proveído del 21 de mayo de 2004 decreta medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por el presunto de concierto para delinquir por conformación de grupos armados ilegales, y luego el 10 de mayo de 2005, profirió resolución de acusación por el delito de concierto para delinquir agravado y luego es enviado el procesado al Juzgado Penal del Circuito de Sogamoso para lo de su competencia en la fase de juzgamiento la cual iniciaba con la audiencia preparatoria, para posteriormente ser proferido decisión de primera instancia de fecha 11 de mayo de 2010, en la que se decidió absolver a Rubén Vargas por el delito de sedición por principio de favorabilidad; en este orden consideró que no se puede hablar de privación injusta de la libertad por responsabilidad objetiva, por cuanto el funcionario de segunda instancia no confirmó la providencia de primera instancia por medio de la cual se absolvió al actor, sino que dio por terminado el proceso por prescripción de la acción penal, siendo objeto de debate la culpa de un tercero por la actuación tardía del Juzgado Penal de conocimiento, toda vez que las diligencias fueron allegadas el 17 de mayo de 2006, sin que para esa fecha aún hubiese acaecido el fenómeno prescriptivo.

Conforme a lo anterior consideró, que no es viable predicar ningún tipo de deficiencia, negligencia, arbitrariedad, acción u omisión, error judicial o defectuoso funcionamiento de la justicia, o privación injusta de la libertad respecto de la Fiscalía General de la Nación quien considera actuó en cumplimiento de sus funciones de acuerdo a la norma vigente, más aun cuando el proceso terminó por prescripción sin que se lograra probar la ilegalidad de la actuación por parte de la Fiscalía.

Finalmente consideró respecto a la condena en costas que en el caso bajo examen no se probó temeridad por parte de esa Entidad, por lo que solicita la exclusión de dicha condena en lo que concierne a la Fiscalía General de la Nación.

4.2. Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Interpuso recurso de apelación solicitando sean tenidos en cuenta los argumentos conforme a los lineamientos trazados por el Tribunal Administrativo de Boyacá en distintos pronunciamientos relacionados con la privación de la libertar:

- Que fue la Fiscalía General de la Nación quien adelantó la investigación a través de sus delegadas, la que acusó ante los jueces penales al señor Rubén Darío Vargas Marín, por el delito de concierto para delinquir y conformación de grupos armados ilegales.

- Las ordenes de captura, la imposición de medida de aseguramiento y las decisiones restrictivas de la libertad fueron proferidas e impuestas por la Fiscalía General de la Nación, sin que en ello interviniera orden judicial, es decir, que no fue un Juez de la Republica quien dispuso la privación de la libertad del actor.

- La Nación- Consejo Superior de la Judicatura Dirección Ejecutiva de Administración Judicial no debe responder por las imputaciones realizadas en la demanda, toda vez que tratándose del juicio de responsabilidad extracontractual derivado de la privación de la libertad del actor, no existen en el proceso elementos de prueba que permitan atribuir a Juez alguno la autoría del aparente hecho dañoso y por lo tanto, no puede resultar condenada, además, no es la llamada a responder, toda vez que las medidas restrictivas de la libertad impuestas fueron proferidas de manera exclusiva por la Fiscalía General de la Nación, mientras que la intervención y las decisiones del Juzgado Penal del Circuito, conllevaron a la absolución del encartado y por ende la recuperación de la libertad.

- Que aunado a lo anterior se tiene que el demandante Rubén Darío Vargas Marín, se encontraba en libertad, al momento de proferirse la providencia que lo absolvió del delito por el que se le acusaba.

Que en consideración a lo anterior, la Fiscalía General de la Nación adelantó investigación, la que llevó al conocimiento de los Juzgados Penales del Circuito y es allí donde se advirtió que no fue desvirtuada la

presunción de inocencia del procesado con las pruebas recaudadas por el ente acusador, por lo tanto consideró que la Entidad llamada a responder es directamente el ente acusador, Fiscalía General, toda vez que la instrucción adelantada únicamente con su intervención, hasta el punto de insistir en una sentencia condenatoria, situación que según su dicho, no fue tenida en cuenta en el fallo de primera instancia.

Que el nexo causal se refiere a que el daño debe ser efecto o resultado del hecho generador, que para el caso particular radica en el deber razonado de la Fiscalía General de la Nación para emitir la orden de privación de la libertad.

Por otra parte señaló que en el caso sub examine, no puede perderse de vista los medios de convicción tenidos en cuenta por el Fiscal d conocimiento para imponer la medida de aseguramiento, carga procesal que está en cabeza del demandante, a punto de demostrar la total ausencia de los elementos materiales de prueba para su imposición, o un inadecuado análisis de las evidencias físicas e información legalmente obtenida para su decreto, por lo que concluyó que los actos jurisdiccionales restrictivos de la libertad del demandante, fueron actos legales y normales de la administración de justicia y no arbitrarios, razón por la que consideró que no hubo falla en el servicio, error judicial, ni mucho menos privación injusta de la libertad y por lo mismo el carácter de injusto que se requiere para que surja la responsabilidad administrativa, no se estructura en el presente asunto.

Finalmente refirió que en el presente caso se presentó la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el Despacho judicial que conoció del proceso penal en su etapa de juzgamiento, decidió absolver al hoy demandante, por lo que una vez proferida la resolución de acusación, no le quedaba más camino que continuar con la respectiva etapa de juicio y concluir su actuación con sentencia condenatoria o absolutoria como en efecto sucedió, conforme a lo anterior, solicitó sea revocada la decisión de primera instancia por ausencia de responsabilidad.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

El recurso de alzada fue concedido en audiencia de conciliación pos - fallo el 13 de julio de 2015, por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión del Circuito de Duitama (fl. 580 vto) y admitido por esta Corporación mediante providencia de 28 de julio de 2015 (fl. 588). A través de auto del 06 de octubre de 2015, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 597).

1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.1. Ministerio de Defensa- Policía Nacional.

Ratificó los argumentos expuestos en el escrito de contestación, los alegatos de conclusión de primera instancia y solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia en cuanto a esta Entidad se refiere, en cuanto haber declarado probada la excepción de cosa juzgada y falta de legitimación en la causa por pasiva a la Policía Nacional.

1.2. Parte demandante.

Hace un compendio de lo sucedido a lo largo del decurso procesal en el trámite surtido en la primera instancia y solicita sea confirmada la decisión allí dispuesta, por cuanto considera que la misma se encuentra ajustada a derecho y luego de un estudio acucioso se llegó a la conclusión de la existencia del daño sufrido a título de daño especial producto de la privación injusta de la libertad a la que fue sometida Rubén Darío Vargas Marín.

Señaló que los argumentos de disenso que atacaron la decisión inicial, no abordan el fondo del asunto, simplemente se dedican a señalar que no hay responsabilidad del Estado por el destino que tomó el proceso penal olvidando por completo que a la decisión de preclusión la precedió una absolución y es por eso que el fallo de primera instancia se encuentra ajustado a derecho

Por otra parte reiteró los argumentos expuestos en el escrito inicial y soportó su dicho con jurisprudencia del honorable Consejo de Estado, solicitando al ad quem, se confirme la sentencia de primera instancia.

1.3. Fiscalía General de la Nación.

Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de alzada.

1.4. Ministerio Público.

Guardo Silencio.

III. CONTROL DE LEGALIDAD

No habiendo encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada, se procederá a resolver de fondo la cuestión debatida, previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

- **COMPETENCIA**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del numeral 1° del artículo 133 del CCA, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuestos por la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, contra la sentencia proferida el 15 de mayo de 2015, por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad-quem* en lo que respecta a la apelación. Para el efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el Juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al Juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

> ***"Artículo 320. Fines de la apelación.***
> *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida,* ***únicamente en relación con los reparos***

> ***concretos formulados por el apelante,*** *para que el superior revoque o reforme la decisión.*
> *(...)"*

En este orden de ideas, resulta claro que para el Juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que adoptada en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que *"las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'"*[1].

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por las accionadas, corresponde a esta Sala establecer:

¿Existe o no responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial en la concreción del daño antijurídico que el Juez de primera instancia encontró, consecuencia de lo cual condenó al pago de perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, con ocasión de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor Rubén Darío Vargas Marín?

Del análisis del fallo apelado 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:

---

[1] *Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.*

3. TESIS.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto considera que del análisis probatorio es posible inferir que la Fiscalía General de la Nación, a través de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, quien con su proceder (medida de aseguramiento) sometió al aquí demandante a soportar una carga que no estaba en la obligación de asumir, pues conjuntamente las pruebas arrojaron a la certeza de inocencia del demandante.

Por su parte, y en cuanto a la responsabilidad acaecida en cabeza de la Rama Judicial, quedó probado que también existió irregularidad presentada en la etapa de juzgamiento, al dejar que se vencieran los términos para definir sobre la responsabilidad del sindicado y que género que la privación de la libertad se tornara en injusta, por cuanto en la referida etapa, le corresponde a los Jueces Penales adoptar una decisión de fondo, de conformidad con las pruebas recopiladas durante el curso del proceso, obligación que se omitió a tal punto que la acción penal prescribió al haberse traspasado los términos legales establecidos para tal efecto.

Así las cosas, el régimen de responsabilidad respaldado en el daño antijurídico, atribuye al Estado la obligación de reparar los perjuicios causados en ejercicio de actuaciones tanto ilícitas como lícitas, así haya existido apego a la legalidad por parte del ente investigador, como efectivamente sucedió.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

4.1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

La Constitución Política de 1991 consagró expresamente, a diferencia de la anterior Carta Política, una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Según la norma constitucional, los elementos que configuran dicha responsabilidad son el daño antijurídico y la imputación del mismo a la entidad pública demandada.

4.2. DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

En relación con la privación injusta de la libertad, la Ley 270 de 1996 *"Estatutaria de la Administración de Justicia"*, prescribe en su artículo 68:

> *"Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado la reparación de perjuicios."*

Esta disposición se interpretó en concordancia con el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991[2] que disponía:

> *"Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por* ***sentencia absolutoria definitiva o su equivalente*** *porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave."* (Se destaca)

Sin embargo, la responsabilidad en estos casos es fiel desarrollo del artículo 90 de la Constitución Política, solo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas y, en tal virtud, no obstante la derogatoria del referido artículo, es claro que de igual manera el Estado deberá responder en la medida en que se demuestren los elementos señalados en la referida norma Constitucional.

Este tipo de responsabilidad es objetiva, como lo ha definido la jurisprudencia del Consejo de Estado, por cuanto se considera que en estos eventos *"la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de libertad de un sujeto que fue absuelto porque nada tuvo que ver en el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia"*.[1] (Resalta la Sala).

De esta forma, si bien es cierto que el Estado no está llamado siempre a responder por los inconvenientes que cause a los administrados en desarrollo de su función de administrar justicia, puesto que es precisamente la Ley la que autoriza a los Jueces a tomar medidas de privación de la libertad, en el curso de los procesos contra quienes existe mérito legal para proferirlas, en aras del total esclarecimiento de los hechos, también lo es que dicha restricción a la libertad puede producir un daño antijurídico que debe ser indemnizado por la Entidad que tomó dicha decisión, en concordancia con lo dispuesto en la Ley Estatutaria de Administración de

---

[2] *De conformidad con lo estipulado por el artículo 536 de la Ley 600 de 2000, ésta entró en vigencia un año después de su promulgación y, como tal hecho ocurrió el 24 de julio del 2000, según Diario Oficial No. 44.097 de la fecha, comenzó a regir el 24 de julio de 2001; por ende, como la resolución que impuso la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva se profirió el 31 de marzo de 1999, se encontraba vigente el Decreto 2700 de 1991.*

[1] *Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 4 abril de 2002, Exp. 13606.*

Justicia, cuando la detención a que se ha sometido al ciudadano es injusta.

Lo anterior ocurre cuando una vez agotada la investigación o el proceso penal, el funcionario encargado de proferir decisión definitiva absuelve de responsabilidad al procesado; en ese sentido, es posible establecer que no estaba en el deber jurídico de soportar la privación de la libertad a que fue sometido.

Así, ante la presencia de una decisión definitiva debidamente ejecutoriada, fundada en los elementos objetivos antes enunciados, esto es, que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió o que su conducta es atípica, el Juez Administrativo no puede exigir otros requisitos para la procedibilidad de la pretensión indemnizatoria, puesto que precisamente por tratarse de responsabilidad objetiva, la Administración no se exonera de responder con la demostración de que la medida de restricción de la libertad estuvo ajustada a derecho.

Precisa la Sala que aun cuando el ordenamiento jurídico vigente en la fecha de los acontecimientos permitía a la Fiscalía General de la Nación imponer la medida, no es acorde con los fines del Estado ni con la obligación de éste de garantizar la protección efectiva de los derechos ciudadanos, que luego de soportar un procesado la privación de las garantías que la Constitución le otorga, sin haber exteriorizado un comportamiento reprochable que lo justifique, los daños padecidos por él no fueran indemnizados.

De otro lado, desde luego también es posible predicar una privación injusta de la libertad aun cuando se demuestra que la medida de aseguramiento contiene un error judicial consistente en la ausencia de un fundamento legal para adoptarla, evento en el cual se considera que la decisión fue abiertamente ilegal.

En reciente pronunciamiento el Consejo de Estado precisó:

> *"Para la Sala es factible que proceda la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de las personas con ocasión de un proceso penal, sin que en éste se haya incurrido necesariamente en un error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o en cualquier otra falla estatal. Por tanto,* ***para que exista responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, basta con que, de conformidad con lo preceptuado en el art. 90 de la Carta Política, se acredite la causación de un daño antijurídico en cabeza de la persona privada***

de la libertad, y que ese detrimento resulte imputable a una actuación del Estado, bien sea por acción o por omisión del mismo.

15.3. Así mismo, es menester dejar claro, que la ***injusticia que reviste la privación de la libertad en estos eventos, no consiste en la ilicitud en el proceder de los funcionarios judiciales, sino en que la víctima no se encontraba en el deber jurídico de soportar los daños ocasionados como consecuencia de habérsele impuesto una detención preventiva mientras se le adelantaba un proceso penal, el cual culminó con una decisión absolutoria,*** *evidenciándose así que el Estado, quien fue el que ordenó esa detención, fue incapaz de desvirtuar la presunción de inocencia de la que siempre gozó el afectado: antes, durante y después de la actuación penal desplegada en su contra.*

15.4. En suma, ***también se le habrá causado un daño a la persona privada de su libertad de forma preventiva y que posteriormente fue absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño fue con la finalidad de alcanzar un beneficio para la colectividad, interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias, y que con todo esto, únicamente se afectó de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, se ocasiona con esto una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, lo que indica que esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en armonía con el art. 90 constitucional.*** *Para llegar a tal afirmación, esta Corporación, en sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013[3], realizó el siguiente cuestionamiento:*

> *¿Podrá sostenerse entonces que ese individuo está en el deber jurídico de sacrificar su libertad o, lo que es lo mismo, de soportar la privación de su libertad, única y exclusivamente para que la sociedad pueda beneficiarse de la observancia y de la aplicación de las normas penales que regulan esa clase de procesos? ¿A qué quedaría entonces reducido el valor de la libertad, aquél que justifica y explica la existencia[4] misma de la*

---

[3] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de octubre de 2013, exp. 23346, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[4] En los regímenes absolutistas, no democráticos, en los cuales no existe –en el verdadero sentido de su expresión–, ***libertad*** *para los individuos y en los cuales, por tanto, no existe propósito real de garantizarla de manera efectiva, tampoco existe una verdadera Constitución Política, por elemental sustracción de materia, en la medida en que carecería de sentido limitar el ejercicio del Poder, porque su abuso frente a los individuos no desencadenaría consecuencia alguna para el Estado y, por ello mismo, tampoco se requeriría una separación de poderes porque en esa misma línea dejaría de tener sentido*

Constitución Política y que a la vez constituye uno de sus principales cometidos y fines esenciales –como que la limitación al ejercicio del poder público sólo cobra sentido en función de asegurar la efectividad real de la libertad de los asociados–? ¿Acaso pasaría de constituir un propósito esencial –fin esencial– para convertirse en un simple medio que facilite la existencia de la sociedad y la convivencia en comunidad, de tal manera que los individuos tuvieren el deber de soportar su privación y su sacrificio en aras de facilitar la consecución de ese nuevo fin?

16. En resumen, todos los argumentos hasta aquí expuestos, apuntan a sustentar válidamente, que ***el título jurídico de imputación a aplicar, por regla general, en supuestos como el sub judice en los cuales el sindicado fue cautelarmente privado de su libertad y que finalmente se le exoneró de responsabilidad penal porque su conducta no constituía hecho punible, es un régimen objetivo.*** *Así pues, independientemente de que la privación de la libertad de un individuo se hubiere dispuesto con sujeción de un proceder lícito por parte del Estado, éste siempre estará llamado* ***a responder por los perjuicios que le ocasionó a la víctima en razón a dicha detención, siempre que el mismo no estuviere en el deber legal de soportar tal carga.***"[5] (Negrilla de la Sala)

Así mismo, la jurisprudencia del máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa abrió la posibilidad de declarar patrimonialmente responsable al Estado desde el punto de vista objetivo, en aquellos casos en que la desvinculación del sindicado sea consecuencia de la aplicación directa del principio *in dubio pro reo*; esto es, en aquellos casos en que la autoridad judicial no logró alcanzar certeza acerca de la culpabilidad del acusado y debe absolverlo a efectos de garantizar el derecho Constitucional a la presunción de inocencia, si la falta de recaudo de las pruebas encaminadas a demostrar la responsabilidad del procesado se produjo por la inactividad del órgano judicial encargado para tal fin.

Al respecto, en sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, la Sección Tercera de la Alta Corte explicó:

"*c. Como corolario de y en estrecha conexión con lo expuesto,* ***resulta relevante igualmente destacar que la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, en casos en los cuales ha sido exonerada de***

---

un sistema de pesos y contrapesos que sólo se justifica y se explica en función de la protección de los Derechos de los asociados, amén de que la consagración de una Carta de Derechos en esos escenarios no tendría más propósito que el de cumplir un papel puramente formal y teórico.

[5] *Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 14 de octubre de 2015.*

***responsabilidad penal** como resultado de la aplicación **del principio in dubio pro reo**, sin sustento en o sin referencia a **yerro, falla o equivocación** alguna en la cual hubiere incurrido **la Administración de Justicia** o alguno de sus agentes, con base en **un régimen objetivo de responsabilidad**, en modo alguno torna más **gravosa la situación del(los) servidor(es) público(s)** que hubieren **intervenido en la actuación del Estado** –y que, por ello, hubieren sido llamados en garantía dentro del proceso iniciado por la víctima del daño en ejercicio de la acción de reparación directa–, como tampoco coarta o dificulta el cumplimiento de las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación o a la Jurisdicción Penal en cuanto que con ello supuestamente se estuviere atentando contra la autonomía e independencia de los jueces penales o de los fiscales y contra la facultad de los mismos para recaudar elementos demostrativos que permitan el esclarecimiento y la imposición de las penas que amerita la comisión de hechos punibles. (…)*

*h. En conclusión, si se atribuyen y se respetan en casos como el sub judice los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la presunción constitucional de inocencia como al principio-valor-derecho fundamental a la libertad –cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto–, **resulta indiferente que al obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio in dubio pro reo, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, <u>se habrá irrogado un daño especial a un individuo</u>.***

Y se habrá causado un <u>daño especial</u> a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad –interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias–,

sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquélla persona en quien, infortunadamente, ***se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional***[6]. (Subraya del texto original, negrilla de la Sala).

Del anterior razonamiento se extraen las siguientes conclusiones:

i) La responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad procede en aquellos eventos en que en virtud de providencia absolutoria proferida tanto en la etapa de la investigación como del juicio, aparezca evidenciado el carácter injusto de la misma; esto es, que se privó al ciudadano de su derecho fundamental a la libertad, sin que estuviera en el deber jurídico de soportar dicha carga. Igualmente, se configura la privación injusta de la libertad en aquellos casos de ilegalidad de la detención preventiva que materializa un error judicial.

ii) De igual manera, el Estado es responsable cuando el fallo absolutorio se sustenta en la aplicación del principio in dubio pro reo, según el cual, a pesar de que se hubieran realizado las actuaciones necesarias para la recolección de las pruebas que incriminen al procesado y otorguen certeza sobre su responsabilidad, no se logró tal objetivo y, por el contrario, se generó una duda razonable que impidió emitir una condena.

Lo anterior, por cuanto al efectuar el análisis de proporcionalidad entre los derechos involucrados (el interés general y la libertad individual), resulta excesivo imponer al particular la carga de la privación de su libertad durante un tiempo no razonable, para que al final se concluya, por la inactividad estatal, que no se reunieron las pruebas suficientes para endilgarle responsabilidad penal.

Así las cosas, el Estado es responsable patrimonialmente cuando la privación de la *libertad obedeció a la ausencia absoluta de pruebas incriminatorias, cuando se absuelva al procesado por cuanto se probó su inocencia o la inexistencia del delito y, además, cuando el fallo favorable en aplicación del principio in dubio pro reo denota una desproporcionalidad flagrante entre el tiempo de la detención y los resultados de la investigación penal que no variaron durante el proceso, por la falta de diligencia del Estado al recaudar el respectivo material probatorio.*

---

[6] *Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 17 de octubre de 2013. Exp. 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354 C.P. Mauricio Fajardo Gómez.*

Se tiene además que el Consejo de Estado ha elaborado 3 distintas tesis por las que ha pasado el estudio de la responsabilidad el Estado por privación injusta de la libertad: i) una tesis restrictiva en la que debía demostrarse la ilegalidad de la decisión de imponer la medida de aseguramiento; ii) aquella en que únicamente se aplicaban los 3 presupuestos del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es, que la víctima no cometió del delito, que éste no existió o el hecho no fue constitutivo de conducta punible; y iii) la tesis que actualmente abandera la mayoría de la Sala de la Sección Tercera es aquella en la cual "si las razones para la absolución o preclusión de la investigación obedecen a alguna de las tres (3) causales previstas en la parte final del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal o –en la opinión mayoritaria de la Sala- a la aplicación de la figura del indubio pro reo, se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, si se presenta un evento diferente a éstos, deberá analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida "injustamente" (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla."[7]

También se ha sostenido en concordancia que en los casos de privación de la libertad por motivos diferentes a los expuestos –Decreto artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 e in dubio pro reo-, se deben estudiar los asuntos bajo el **régimen subjetivo de responsabilidad**. Así las cosas, si la investigación penal dentro de la cual se ordenó el encarcelamiento, fue precluida entre otras, por prescripción de la acción, se abordará el examen a través del **defectuoso funcionamiento de la administración de justicia**[8].

Y de otra parte, el título de imputación será el **error jurisdiccional** en los eventos en que se profiera una decisión judicial contraria al ordenamiento jurídico que conduzca a la pérdida de la libertad del sujeto investigado o acusado. Al respecto, la Subsección "A" de la Sección Tercera del máximo órgano contencioso administrativo, en sentencia proferida el **24 de octubre de 2016** dentro del proceso radicado No. 27001-23-31-000-2009-00070-01 (37812) se sostuvo:

---

[7] *Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 10 de febrero de 2016, exp. 85001-23-31-000-2009-00116-01 (40.373). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.*

[8] *Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "A". C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia de 5 de octubre de 2016. Radicación número: 73001-23-31-000-2005-01728-01(43996). Actor: NOELMIS TRUJILLO VALENCIA Y OTROS. Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN*

"En línea con lo anterior, esta Subsección ha precisado que si la restricción de la libertad es consecuencia de una decisión judicial equívoca, ***la responsabilidad patrimonial del ente investigador surge bajo el título de imputación denominado error judicial*** *y no por privación injusta de la libertad:*

"3.3.- Con fundamento en lo hasta ahora expuesto y traído a colación de la jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a los alcances de los títulos de imputación de error jurisdiccional y de privación injusta de la libertad, esta Sala considera que en aquellos eventos en los cuales los daños cuya reparación reclaman los ciudadanos tienen origen en un yerro contenido en la providencia judicial mediante la cual se ordenó una medida de aseguramiento que conduce a la privación de la libertad del(los) sindicado(s), si bien es verdad que podría pensarse que el efecto al cual conduce la materialización de lo decidido en la providencia respectiva –la restricción de la libertad física de la persona– determina que ha de ser el de privación injusta de la libertad previsto en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 el título de imputación a aplicar, lo cierto es que el encarcelamiento del individuo investigado no habría tenido lugar en caso de no haberse dictado, dentro del proceso penal respectivo, la decisión en la cual concurre la particularidad de resultar 'contraria a la ley', en los términos de lo normado en la última frase del artículo 66 de la Ley 270 de 1996.

*"**Quiere lo anterior significar que, a juicio de la Sala, en aquellos eventos en los cuales se produce una falla en el servicio público de Administración de Justicia consistente en que se profirió una providencia judicial mediante la cual se decretó una medida de aseguramiento que conduce a la privación de la libertad de un individuo y dicha providencia resulta contraria al ordenamiento jurídico, el título de imputación a aplicar ha de ser el de error judicial** y no el de privación injusta de la libertad. En ese sentido, el primero de los títulos de imputación está acompañado del rasgo de la especialidad respecto del segundo, en la medida en que el artículo 66 de la Ley 270 de 1996 no efectúa distinción de tipo alguno respecto del tipo de providencia en la cual debe presentarse la contrariedad entre lo en ella decidido y las normas en las cuales debe fundarse, para efectos de concluir en la aplicabilidad del título de imputación de error jurisdiccional.*

"Así pues, por resultar encuadrables las providencias que en contravía del ordenamiento jurídico decretan medidas de aseguramiento dentro de los procesos penales, en la descripción que efectúa el artículo 66 en mención del error jurisdiccional como 'aquél cometido

por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley', es dicho título de imputación el que debe aplicarse en los referidos supuestos y no el de privación injusta de la libertad, adicionalmente si se tiene en cuenta que este último, como es bien sabido, se describe en el artículo 68 del mismo conjunto normativo de un modo mucho más genérico e inespecífico"[9]*. (Se destaca).*

En efecto, tal y como se expuso, las decisiones adoptadas por las autoridades demandantes resultaron contrarias a las normas procesales que regían la práctica de las pruebas, la imposición de la medida de aseguramiento y la emisión de sentencia condenatoria, falencias que ponen de presente una falla en el servicio por error judicial. En casos similares, esta Corporación ha considerado lo siguiente:

"El error judicial también incluye el error de hecho en el cual puede incurrir al no considerar un hecho debidamente probado ***o al no promover la realización de las pruebas conducentes para determinar el hecho que daría lugar a la aplicación del derecho****. En efecto, lo que podríamos llamar la intuición jurídica, la intuición de lo que es justo y ajustado a derecho, nos señala en este caso que el error judicial procede no solamente por inadecuada aplicación del derecho,* ***sino también porque se ha impuesto una decisión judicial que se ha basado en un hecho que posteriormente se ha demostrado que es falso****"*[10] *(Se destaca)"*

4.3. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. CULPA DE LA VICTIMA

Las causales de exoneración de responsabilidad extracontractual, son aquellas que impiden imputarle o atribuirle al Estado responsabilidad por un daño ocasionado a sus administrados, los cuales han sido denominados: culpa exclusiva de la víctima, culpa o hecho de un tercero, fuerza mayor y caso fortuito.

En esta ocasión, atendiendo que la situación fáctica se ubica en una privación injusta de la libertad, es necesario detenerlos en lo decantado para la culpa exclusiva de la víctima.

---

[9] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de mayo de 2014, exp. No. 23.783; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, reiterada en sentencia del 29 de mayo de 2014 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, expediente: 27.903; M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón (E), entre muchas otras providencias.*

[10] *Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 4 de septiembre de 1997, expediente: 10285.*

Es así como el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, precisó con relación al hecho de la víctima que:

> *"**ARTICULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.** El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado"*

Sobre esta disposición, la Corte Constitucional, en su oportunidad expuso que:

> *"...Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguna, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual 'nadie puede sacar provecho de su propia culpa'.*
>
> *La norma, bajo la condición de que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente para calificar los casos en que haya culpa exclusiva de la víctima, será declarada exequible (...)*[11].

Por su parte, el Consejo de Estado ha resaltado sobre la conducta de la víctima como determinación de exoneración estatal, lo siguiente:

En sentencia del 30 de abril de 2014, siendo ponente el Magistrado Danilo Rojas, se valoró la culpa grave o dolo de la víctima en la producción del daño por privación de la libertad, sosteniéndose que:

> *"..."En forma pionera y ubicándose en el ámbito de la culpa grave por el actuar negligente e imprudente de la víctima, la Sala determinó, al estudiar la responsabilidad una funcionaría que se desempeñaba como almacenista de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, y que*

---

[11] *Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, exp. P.E.-008, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.*

había sido privada de la libertad por el presunto delito de peculado de apropiación a raíz del faltante que se detectó en el almacén, que se constituyó la culpa de la funcionaría, que a la postre llevó a la Sección Tercera a exonerar de responsabilidad al Estado debido "el desorden y el desgreño generalizado que caracterizaron su gestión"[12].

Con similar orientación decidió la Sección en mención un caso en el que el actor había sido privado de la libertad por la presunta comisión del delito de extorsión en la modalidad de tentativa, mediante resolución de acusación que tras agotar recurso de alzada fue revocada y, precluída la investigación a favor del actor por atipicidad de la conducta[13]*. En esta ocasión, a juicio de la Sala, se configuró una causal eximente de responsabilidad, bajo el entendido de que el actor dio lugar a que con su conducta se diera inicio al ejercicio de la acción penal poniendo en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado, y que los funcionarios judiciales encargados de investigar su comportamiento, adoptaran las medidas que estimaron necesarias, según las pruebas decretadas y practicadas en el curso del proceso penal.*[14] *Pero a medida que fueron dilucidándose las pruebas decretadas en el proceso penal, la Fiscalía estimó que debía iniciarse una investigación formal en contra del señor Arteaga Lara, como en efecto ocurrió; luego, adoptó las distintas medidas que consideró pertinentes, como resolver la situación jurídica y proferir resolución de acusación en su contra, por estimar que éste incurrió en el delito de extorsión en grado de tentativa y en concurso homogéneo, pero que tal decisión no fue aceptada por el fiscal de segunda instancia, quien resolvió precluir la investigación por atipicidad de la conducta."*

En otro pronunciamiento, trayendo la línea jurisprudencia que sobre el tema ha concretado el Consejo de Estado, en providencia del 26 de agosto de 2015, con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera manifestó:

"...A pesar de que el referido señor fue exonerado de responsabilidad, para la Sala no hay duda alguna de que su comportamiento, a todas luces irregular, provocó que la Fiscalía General de la Nación abriera una investigación en su contra, a fin de establecer si aquél incurrió o no en violación de la ley penal y, por consiguiente, las decisiones y medidas que debió soportar resultan imputables a su propia culpa, máxime teniendo en cuenta que

[12] *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 2 de mayo de 2007; rad. 20001-23-31-000-3423-01 (15.463), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.*
[13] *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 13 de abril de 2011, rad. 73001-23-31-000-1999-02062-01 (19889), actor: Willinton Arteaga Lara y Otros.*
[14] *En similares términos se encuentra la sentencia 25 de marzo de 2010, expediente: 17741.*

aquéllas estuvieron debidamente respaldadas con las pruebas que militaban en el expediente penal.

Ahora, si bien los actores señalaron en el recurso de apelación que la medida restrictiva de la libertad que afectó al señor Forbes Taita resultó abiertamente desproporcionada, en consideración a que, transcurridos 8 días de materializada la orden de captura, éste y la joven Lynton Hoy suscribieron un documento explicando a la Fiscalía el origen y la naturaleza del escrito contentivo de la supuesta extorsión, el cual, según los demandantes, "lejos de constituir una herramienta delictual, era la manifestación expresa del dolor y sufrimiento del amante rechazado", lo cierto es que, a juicio de dicho organismo, las pruebas que militaban en el proceso penal mostraron que el citado señor desplegó acciones encaminadas a "someter la voluntad de la afectada y de paso obtener un provecho ilícito" y, por tanto, a términos del artículo 356 del C. de P.P., resultaba procedente la medida restrictiva de la libertad".

Como se aprecia, el derecho a la libertad personal, como ocurre con los demás derechos y libertades, no es absoluta, de modo que la autoridad normativa puede imponer limitaciones a su goce y ejercicio. Lo anterior siempre que consulte los parámetros formales y materiales que aseguren la proporcionalidad y razonabilidad de la intervención Estatal y para ello es menester revisar si la detención preventiva sufrida se ajustó a los estándares convencionales y constitucionales que admiten excepcionalmente limitación al derecho de libertad personal, de donde se debe concluir que si la detención se dispuso de conformidad a ese marco normativo se estará **en presencia de un daño jurídicamente permitido** o, lo que es lo mismo, un daño al que le faltará el elemento de antijuridicidad, cuyo carácter preventivo se corrobora conforme a los estándares internacionales[15].

De todo lo anterior podría concluirse que, el hecho de la víctima se configura cuando esta dio lugar causalmente a la producción del daño, por haber actuado de forma dolosa o culposa, esto es, con incumplimiento de los deberes de conducta que le eran exigibles[16]. Siendo por tanto necesario aclarar que en casos de que el daño haya sido

---

[15] *Aclaración de voto del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de la Sección Tercera Subsección C del 26 de abril de 2017. Exp. 24765*
[16] *Sentencia de 31 de agosto de 2015; Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth; Expediente: 37254; Radicado: 27001233100020060042801; Actor: Benigno Moya Gamboa; Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación*

causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, el Estado quedará exonerado de responsabilidad.[17]

Del análisis precedente, procede la Sala a verificar la actuación de las demandadas y las pruebas aportadas al proceso, con el fin de determinar la existencia de la responsabilidad Estatal por la privación injusta de la libertad que dé lugar a indemnización por los daños causados.

5. PRUEBAS JURIDICAMENTE RELEVANTES.

El recurso de apelación presentado por la Fiscalía General de la Nación, se encaminó a establecer que la investigación penal adelantada en contra del señor Rubén Vargas y la medida de aseguramiento emitida en su contra se enmarcó en el ámbito de las competencias de persecución conferidas Constitucionalmente a ese Ente (art. 250 C.P.), lo mismo que en los elementos probatorios que de manera adecuada y legalmente fueron aportados al proceso; además, que la configuración de la responsabilidad del Estado en este caso sólo puede presentarse cuando la falla es de tal magnitud que la conducta de la administración sea considerada como anormalmente deficiente, lo cual no ocurrió en el caso, pues si bien, la razón por la cual se terminó el proceso penal, fue por declaratoria de caducidad, las pruebas aportadas en el proceso por parte de la Fiscalía tuvieron merito en iniciar la investigación penal por los delitos allí conculcados.

Por su parte la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- Rama Judicial, señaló que en la absolución de Rubén Vargas no se desvirtuó el valor probatorio de los medios de convicción que llevaron al Fiscal de conocimiento para imponer la medida de aseguramiento, carga procesal que está en cabeza del demandante a punto de demostrar la ausencia de los elementos materiales de prueba para su imposición o el inadecuado análisis de las evidencias físicas e información legalmente obtenida para su decreto.

Así entonces, en el plenario reposa para el efecto, en orden cronológico lo siguiente:

- Copia de la resolución interlocutoria No. 1889 del 21 de mayo de 2004, mediante la cual la Fiscalía 27- Bogotá, de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, declara medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de excarcelación contra Rubén Darío Vargas Marín y otros,

[17] *Esta posición ha sido reiterada en esta Corporación, tal como se observa en sentencia de 11 septiembre de 2015, con ponencia del Magistrado Fabio Iván Afanador Mejía, expediente No. 15001333300420130001401.*

como probables autores y responsables del delito de concierto para delinquir por conformación de grupos armados ilegales (fl. 46-89 Cdno Ppal).

- Copia de la Boleta de Encarcelamiento No. 008 Radicado 1889 del 19 de mayo de 2004 en Centro Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá (fl. 90).

- Resolución interlocutoria No. 1889 UNDH de fecha 14 de abril de 2005, proferida por la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación que dispone efectuar calificación del acervo probatorio respecto de Rubén Darío Vargas Marín y otros y dispone en la parte resolutiva proferir resolución de acusación en contra de los sindicados Rubén Darío Vargas Marín y otros (fl. 106-217).

- Auto resolución de libertad provisional a favor de Rubén Darío Vargas Marín y otros, proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá de fecha 29 de diciembre de 2005, por haber trascurrido más de 6 meses desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiera llevado a cabo la audiencia pública, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 600 de 2000 (fl. 91-101).

- Sentencia ordinaria de fecha 11 de mayo de 2010, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, en la que se dispone absolver a Rubén Darío Vargas Marín de los cargos formulados por la Fiscalía Especializada de Derechos Humanos (fl. 620-754).

- Recurso de apelación contra la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso de fecha 11 de mayo de 2010, presentada por el Fiscalía General de la Nación (fl. 355-369).

- Sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo de fecha 27 de abril de 2012, mediante la cual se declara la extinción de la acción penal por causa de fenómeno jurídico de prescripción, en la actuación surtida en contra de Rubén Darío Vargas Marín y otros (fl. 369-378).

5. CASO CONCRETO

5.1.- Elementos de la responsabilidad estatal

5.1.1.- El Daño

El daño "en 'su sentido natural y obvio', es un hecho, consistente en 'el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien', "...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc..." y "...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo."[18]

En el *sub judice*, dado que la parte actora aduce como fundamento de sus pretensiones la privación injusta de la libertad, a que presuntamente fue sometido el señor Rubén Darío Vargas Marín, es claro que la carga probatoria que a ese respecto se le impone, no es otra que demostrar que en efecto le fue restringido su derecho fundamental a la libertad en forma injusta.

El hecho material de la privación de la libertad según se expuso en la demanda, acaeció de acuerdo con lo ordenado en auto de 21 de mayo de 2004 (fls. 46-89) que dispuso *"decretar medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de excarcelación contra... Rubén Darío Vargas Marín... como probables autores y responsables del delito de concierto para delinquir por conformación de grupos armados ilegales..."*.

Posteriormente, con base en la Ley 600 de 2000, fue proferida la libertad provisional, por parte del juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en providencia de fecha 29 de diciembre de 2005, por haber superado los seis meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiera celebrado la correspondiente audiencia pública (fl. 91-101); luego, en cumplimiento de la orden judicial fue expedida Boleta de libertad No. J 003969 de fecha 2 de enero de 2006 (fl. 104). De esta forma, se encuentra probado que entre el 19 de mayo de 2004 y el 2 de enero de 2006, el señor Vargas Marín estuvo privado de la libertad en centro de reclusiones.

Demostrado la privación de la libertad, se tiene que la antijuridicidad del referido daño se configuró, por cuanto luego de surtida la etapa de investigación, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, en la sentencia proferida el 11 de mayo de 2010, resolvió absolver al señor Rubén Darío Vargas, por los cargos formulados por la Fiscalía Especializada de Derechos Humanos (fl. 620-752).

[18] *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 1999, Exp. 11499*

Como consideración efectuadas por el Juzgado de conocimiento, respecto del señor Rubén Vargas, se esgrimió los siguientes argumentos:

> *"Por otro lado los declarantes que soportan las acusaciones respecto de ... RUBÉN DARÍO VARGAS MARÍN, han perdido su valor probatorio dadas las circunstancias que rodearon dichas declaraciones como es la calidad de personas que así como militan en un grupo al margen de la Ley y están dispuestas a cometer cualquier clase de delito por un pago, están dispuestas a arrastrar hasta el fondo del abismo a las personas que se oponen o impiden su accionar, tal como lo manifestó EULOGIO VARGAS VARGAS, que alias BETO fue la persona que lo amenazo a él y a su familia si no le colaboraba denunciando a las personas que él le dijera, y es por ello que encontrándose en proceso de reinserción no les importo mentir con el fin de recibir beneficios de rebajas de pena y económicos, sus afirmaciones han quedado sin piso jurídico con la declaración que en detalle ofreció a la justicia, CESAR PONCIANO BEJARAN, alias TOÑO O EL ZARCO, a quien el despacho le otorga credibilidad por su calidad de reinsertado acreditado por CODA y su compromiso con la verdad, porque no tiene ningún interés en este proceso y porque realmente de acuerdo a su preparación y militancia dentro de la organización es el más idóneo para declarar sobre la mencionada y sus integrantes y colaboradores, quien manifiesta que FABIÁN ALEXANDER CHAVES ORJUELA alias SABANERO fue pagador, en primer lugar en el 2002, en adelante los encargados de efectuar los pagos eran alias PIQUIÑA, EL GORDO, TOCALLO, COMPADRE O CORDINADOR DE CORDINADORES, en segundo lugar por pertenecer al ala militar en la especial no era posible que lo encargaran de los pagos, por otro lado, como lo han manifestado los profesionales que fungen como defensores de los encausados no tiene soporte probatorio en decir algo tangible con lo que pueda probar sus afirmaciones, aunado a ello se encuentra desmentida su aclaración en contra de los procesados, toda vez que EULOGIO VARGAS VARGAS se retractó de su declaración rendida el 1° de febrero de 2005, en un lugar manifiesta que todo lo que dijo es falso por que se encontraba amenazado él y a su familia por alias BETO, que era este quien le decía a quién tenía que denunciar porque no quería colaborar con la organización y si no colaboraban tocaba involucrarlos como colaboradores y precisamente esto fue lo que ocurrió, este le decía a quienes debía involucrar pero realmente no los conoce, pidiendo perdón y asumiendo su responsabilidad por lo que pueda acarrear el retractarse de su declaración.*

Dra. CONSUELO IBETH PARRA: abogada de las autodefensas campesinas del Casanare y que figura en nómina, posteriormente militante de las autodefensas del Úraba, desmovilizada, novia de alias ALEX. Es un testimonio de oídas que no merece credibilidad por parte del despacho teniendo en cuenta que inicialmente negó pertenecer a las ACC y posteriormente aceptó cargos, era abogada de las ACC por nómina por otro lado declaró en su contra porque llegó una noche a sugerirle a ALFARO que le cambiara unas pruebas y unas armas que estaban dando cuatro millones y éste no aceptó tal ofrecimiento, por eso es la furia, dice que lo conoció porque ALEX le contaba y en otra dice que como no los iba a conocer si era litigante en Sogamoso. En diligencia de reconocimiento en fila de personas no fortalece ninguna manifestación o declaración ya los declarantes los conocían muy bien y los describían sin lugar a equívoco. La indisposición de la profesional PARRA con VARGAS fue por qué no le adulteró unas pruebas para sacar a PEÑALOSA. Es una persona proactiva a manipular a la autoridad.

(...)[19]

Respecto de RUBEN DARIO VARGAS MARIN: Subcomisario de la Policía Nacional en su diligencia de indagatoria niega tener algún tipo de vínculo con la argumentación armada (sic), al margen de la ley y niega conocer a quienes lo incriminan como colaborador de la AUCC, educe que se trata de un montaje para desprestigiarlo a él y a la institución que representa, pues ha participado en diferentes operativos que han dado con la captura, judicialización y condena de algunos integrantes de las AUCC, en su contra se encuentra la declaración de FABIAN ALEZANDRE CHAVEZ ORJUELA. En diligencia de reconocimiento en fila de personas (sic) el procesado RUBEN DARIO VARGAS MARIN, pero que es desvirtuada por CESAR PONCIANO BEJARANO alias TOÑO O EL ZARCO en las condiciones tantas veces referidas, la doctora CONSUELO IBETH PARRA, es un testigo de oídas el cual no merece credibilidad dada su situación de militante de las ACC – EULOGIO VARGAS VARGAS se presentó en la etapa de juicio y se retractó en todo lo manifestado como argumento que se encontraba amenazado él y su familia, que todo fue invención de alias BETO quien le dijo que como no quieran colaborar tocaba vincularlos como colaboradores y él se prestó para eso, que el asume la responsabilidad de lo que resulte por su retractación...

[19] *Folio 734-735 del expediente.*

Recordemos que los aquí procesados están cubiertos por una de sus garantías fundamentales como es la consagrada en el artículo 7 presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia definitiva condenatoria sobre su responsabilidad penal. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del procesado, la cual se irá disminuyendo acentuando conforme a la calidad de la prueba aportada en tanto que esta traiga al conocimiento del juez la certeza de la ocurrencia de la conducta y de la responsabilidad del acusado...

Es así que ni siquiera se logró establecer hechos reales con informaciones reales, veraces y puntuales respecto de una determinada persona sino que se globaliza y se dice que son informantes y colaboradores de las ACC pero no se logra fijar en tiempo, modo y lugar las citadas informaciones y colaboraciones de los procesados y donde los funcionarios de contrainteligencia, olvidan que los miembros pertenecientes a los grupos especiales que el testimonio de CESAR PONCIANO BEJARANO ACOSTA ALIAS TOÑO O EL ZARCO dio la certeza a este despacho sobre la inocencia de los procesados así lo declarara " [20].

En el anterior orden de ideas, es posible afirmar que el demandante no tenía la carga de soportar la privación de su derecho fundamental a la libertad, por cuanto en el trascurso del proceso penal, no se logró desvirtuar la inocencia del señor Vargas Marín, pues las razones que llevaron a iniciar el proceso penal por el presunto delito de sedición se derrumbaron con los testimonios falsos que contra él se habían tenido en cuenta para esa acusación, tal como fue señalado por el Juzgado Penal de Sogamoso, hallando entonces el Juzgador, que el valor de su inocencia se encontraba incólume, razón por la cual falló absolviendo al procesado Rubén Darío Vargas.

No cabe duda para la Sala, que si bien en segunda instancia el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo precluyó el proceso penal que cursaba en contra del aquí actor, por prescripción, lo cierto es que a lo largo del decurso procesal, las actuaciones surtidas por parte del ente acusatorio, fueron infructuosas en la medida que no logró desvirtuar la inocencia alegada por el señor Vargas Marín; pues el único material probatorio que se encontraba en contra del acusado en cuestión, eran los testimonios de los militantes del grupo de las AUCC, los cuales resultaron ser falsos y sin piso jurídico, pues además de basarse en testimonios de oídas, eran testigos con intereses

[20] *Folio 734-735 del expediente.*

opuestos a la realidad jurídica, lo que permitió para el Juez tener certeza de la inocencia de los allí imputados y fue la razón principal para la decisión de absolverlos de todos los cargos imputados, por lo que no cabe duda para esta Sala y sin dubitación alguna de la inocencia del actor.

5.1.2. Imputabilidad del daño a la demandada y de la entidad llamada a responder.

No cabe duda acerca de la posibilidad de imputar el daño padecido por el demandante a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que dicho ente estatal, en ejercicio de sus funciones impuso la medida de aseguramiento al actor a través de providencia de 19 de mayo de 2004, (fls. 46-90).

De conformidad con lo anterior, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia hubiere sido ajustado o contrario a Derecho, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, será intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo, ello en la medida en que mientras la causación de ese daño habrá de redundar en beneficio de la colectividad, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se privó de la libertad, sin que se hubiere podido establecer o determinar su responsabilidad penal y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, la víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el aludido artículo 90 constitucional[21].

Por consiguiente, se impone concluir que el señor Rubén Darío Vargas Marín, no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le ocasionó, el cual debe ser calificado como antijurídico, lo cual determina la consecuente obligación para la Administración Pública de resarcir a dicha persona por ese hecho, tal como se dejó indicado en precedencia, sin que se halle probado que la víctima directa del daño se hubiere expuesto, dolosa o culposamente, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente debió ser revocada, al tiempo que tampoco se acreditó que el hecho dañoso hubiere ocurrido como consecuencia del hecho de un tercero, puesto que la Entidad demandada no demostró los presupuestos

[21] *Los anteriores planteamientos han sido expuestos por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos similares al presente, tal como quedó consignado en las sentencias proferidas el 12 y 26 de mayo de 2011, expedientes 20.665 y 18.895, respectivamente, reiteradas, en forma reciente, en proveído de 21 de marzo de 2012, exp. 40.455.*

necesarios para su configuración, esto es la imprevisibilidad, irresistibilidad y que la conducta hubiere resultado totalmente ajena a la Fiscalía General de la Nación[22].

Para ahondar en el tema, encuentra la Sala pertinente precisar que las medidas preventivas correspondientes a la restricción de la libertad, gozan de un carácter excepcional, razón por la cual no es posible asegurar que sean una carga pública que todos los asociados estén en la obligación de soportar, más aun cuando, el Estado no logra desvirtuar la presunción de inocencia y se ve en la obligación de proferir un fallo absolutorio. En ese sentido el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación de diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, dentro del proceso con Rad. No. 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354), ha precisado:

> *"El carácter eminentemente excepcional que tanto los compromisos internacionales asumidos por Colombia y las propias leyes de la República, como la Jurisprudencia nacional en diversos órdenes, que aquí se han relacionado y que de manera uniforme atribuyen e identifican como nota que debe acompañar necesariamente al instituto de* ***la detención preventiva*** *que respecto de un determinado individuo pueden decretar, en específicos supuestos, las autoridades judiciales competentes durante el curso de la investigación y/o del juicio penal, esa excepcionalidad –se itera– pone de relieve, por sí misma, que dicho instituto –en tanto excepcional—* ***de ninguna manera podría considerarse entonces y menos podría llegar a convertirse en una carga generalizada que todo individuo tuviere que soportar por el solo hecho de vivir en sociedad, cuestión que evidencia, de manera palmaria, la antijuridicidad del daño que se irroga a quien se le impone dicha carga a pesar de que posteriormente se le releva de responsabilidad penal.***
> *(…)"* (Negrilla de la Sala)

En conclusión, el daño antijurídico se encuentra demostrado, puesto que el señor Rubén Darío Vargas Marín fue privado de su libertad desde el 19 de mayo de 2004 a 2 de enero de 2006, fecha esta última en la que se le concedió la libertad. En ese orden de ideas, los demandantes padecieron una lesión o afectación a diversos bienes, derechos e intereses legítimos que no están en la obligación de soportar porque el ordenamiento jurídico no se los impone.

---

[22] *Ver entre otras, Sentencia del 25 de enero de 2009, exp. 16.927.*

Por último, además de reunirse todos los elementos configurantes de responsabilidad, la Sala precisa que dentro del proceso no se encuentra demostrado el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, contemplado en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, toda vez que no se evidencia ninguna conducta por su parte que haya contribuido a la producción del daño y, por el contrario, debido a la función que ejercía, prestó colaboración a la administración de justicia dando a la captura de personas quienes se encontraban en los grupos de las AUCC, razón por la cual se presentó la retaliación contra este ante la falta de colaboración y vinculación con dichos grupos al margen de la Ley (fls. 747), los cuales finalmente no fueron desvirtuados con ninguna prueba, motivo por el cual la sentencia de primera instancia esta llamada a confirmarse.

Finalmente, la Rama Judicial- Dirección Seccional Ejecutiva de Administración Judicial, tanto en la contestación de la demanda como en el recurso de alzada, aduce que no es la llamada a responder por el daño que se pretende sea reparado a través del presente medio de control, en razón a que quien privó de la libertad al demandante fue la Fiscalía General de la Nación y adicionalmente por cuando la detención preventiva estuvo ajustada a Derecho.

El Juez de primera instancia declaró la responsabilidad tanto de la Fiscalía General de la Nación como de la Rama judicial, pues señaló que si bien la Fiscalía fue productora de la privación de la libertad del demandante, señaló que en el caso bajo estudio se pudo verificar que la privación fue prolongada por la Rama Judicial, como quiera que de acuerdo a lo señalado en la providencia del 29 de diciembre de 2005, la Rama Judicial, a través del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo, una vez calificado el sumario con pliego acusatorio, avoco el conocimiento de la causa desde el 17 de mayo de 2005 y teniendo en cuenta que el señor Rubén Vargas recobró su libertad solo hasta el 2 de enero de 2006, la culpa se endilga a las dos Entidades.

Al respecto es preciso anotar, que como bien lo sostuvo esa entidad, los hechos que dieron lugar a la demanda se enmarcan dentro de la vigencia de la Ley 600 de 2000, en la cual el proceso estaba constituido por dos etapas, que de acuerdo con lo dispuesto en la referida Ley que tal como lo sintetizó la demandada, se desarrollaban en la siguiente forma:

> *"**1. Etapa de investigación:** La cual es adelantada por la Fiscalía General de la Nación, y comprende la investigación preliminar, la investigación propiamente dicha que iniciaba con el auto de apertura, proseguía con la vinculación al proceso del sindicado mediante indagatoria, continua con la definición de la situación jurídica, en la que se definía sobre la imposición o no de la medida*

de aseguramiento y culminaba con la calificación del sumario. (Arts 330 y s.s. Ley 600 de 2000)

2. Etapa de juzgamiento: *Estaba a cargo de los jueces penales, iniciaba con la audiencia preparatoria (art. 400 Ley 600 de 2000), seguía con la audiencia pública de juzgamiento en la que se practicaban las pruebas, se presentaban alegaros de conclusión y finalizaba con la sentencia de instancia, (art. 399 y s.s. Ley 600 de 2000)."*[23]

Partiendo de lo anterior, se tiene que la Fiscalía General de la Nación como encargada de adelantar la etapa de investigación dentro del proceso penal que se tramita conforme a la Ley 600 de 2000, tiene la facultad de expedir medidas de aseguramiento, sin embargo en el presente asunto no se puede predicar su responsabilidad exclusiva respecto del daño antijurídico padecido por los demandantes, en razón a que del contenido de la providencia del 29 de diciembre de 2005[24], proferida por el Juzgado Noveno Penal Especializado de Bogotá, se advierte que se avocó conocimiento el 17 de mayo de 2005, al disponer el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, señaló como fecha el 30 de agosto de 2005, para la realización de la audiencia preparatoria, no obstante en la misma se planteó la colisión de competencia negativa y se ordenó la remisión del proceso al Juzgado Penal del Circuito de Sogamoso, Despacho que no aceptó la competencia del proceso, mediante auto del 2 de septiembre de 2005, proponiendo la colisión negativa de competencia; colisión dirimida por la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 14 de diciembre de 2005, señalando que la competencia radicaba en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, pero por cese de funciones por vacancia judicial resuelve la solicitud de libertad el Juzgado Noveno Penal Especializado de Bogotá.

Por su parte, el fallo proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en providencia adiada el 27 de abril de 2012, declaró la extinción del proceso penal por prescripción de las actuaciones; como argumentos señaló que luego de proferida la decisión que dejó en libertad provisional a los encausados, se realizó audiencia preparatoria el 17 de julio de 2006, posteriormente agotadas todas las sesiones correspondientes a la audiencia pública, con fecha 11 de mayo de 2010, se profirió fallo de primera instancia absolviendo a los procesados de los cargos presentados por la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, del análisis de la segunda instancia se señaló que de acuerdo al delito por el cual se estaba siendo juzgado en principio fue por concierto para delinquir agravado, pero por

[23] *Folio 164 del Cuaderno principal*
[24] *Folios 91-101*

aplicación del principio de favorabilidad dispuesto en el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 se continuó con el punible de sedición.

Que para establecer el término de la prescripción en ese caso, se contemplaba de acuerdo a la normatividad, el término de 5 años, sin embargo, como quiera que la resolución de acusación alcanzó ejecutoria el 10 de mayo de 2005, la prescripción fenecía el 11 de mayo de 2010, fecha en que se encontraba resolviendo el fallo de primera instancia que dispuso absolver a los procesados.

Así entonces, fuerza a colegir que la irregularidad presentada en la etapa de juzgamiento, al dejar que se vencieran los términos para definir sobre la responsabilidad del sindicado y que género que la privación de la libertad se tornara en injusta al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia del señor Vargas Marín, debe ser atribuida en solidaridad a la Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por cuanto en la referida etapa, de forma exclusiva le corresponde a los Jueces Penales adoptar una decisión de fondo, de conformidad con las pruebas recopiladas durante el curso del proceso, obligación que se omitió a tal punto que la acción penal prescribió al haberse traspasado los términos legales establecidos para tal efecto.

Así las cosas, en criterio de la Sala, la sentencia de primera instancia está llamada a confirmarse.

6. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS.

6.1. Perjuicios inmateriales

6.1.1. Perjuicio moral

Con relación al perjuicio inmaterial, la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, recogió los pronunciamientos sobre los distintos escenarios en que deben reconocerse perjuicios inmateriales y, frente a los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad, reiteró los argumentos de la sentencia de unificación de la Sala Plena de la misma sección de 28 de agosto de 2013, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, en la cual, se sugirieron unos parámetros para el cálculo de los citados perjuicios, en los siguientes términos:

> *"Ahora bien, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos,* ***la Sala***

formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del perjuicio moral de la víctima directa en escenarios de privación injusta de la libertad: i) en los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 SMMLV; ii) cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV; iii) si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV, iv) si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV, v) de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV, vi) si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV, y vii) finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV, todo ello para la víctima directa –se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados." (Subraya la Sala).

En la sentencia de 15 de mayo de 2015, estos parámetros fueron compilados a manera de tabla, tal como se observa a continuación:

"respecto del quantum de los perjuicios morales con ocasión de la privación injusta de la libertad, procede el despacho a fijarlos, de conformidad con el criterio expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, Consejero Ponente Doctor Hernán Andrade Rincón, que de manera concreta los determinó así:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

De esta forma, la Sala, teniendo en cuenta la duración de la detención y las circunstancias personales, familiares y sociales del procesado, y el tratamiento dado por esta jurisdicción en casos similares, encuentra ajustado el reconocimiento efectuado por el *a quo* al señor Rubén Darío Vargas Marín, quien padeció la privación injusta de la libertad, por el término de 19

meses y 14 días, encontrando ajustada la condena al Estado conforme lo dispuso el a quo en 100 SMLMV, suma que en igual sentido fue reconocida a la señora Cilida Esperanza Ávila y sus hijos Claudia Esperanza, Jorge Alberto y Carlos Darío Vargas Ávila; y en cuanto a quienes probaron tener vínculo directo con el demandante en calidad de hermanos el equivalente a 50 SMLMV.

6.1.2. Daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido a aquél perjuicio relacionado con la esfera de lo externo, de la modificación en la forma en que el presunto afectado se relaciona con su entorno social o cuando esta se torna nula; de esta forma, el perjuicio analizado ha pasado por varias denominaciones y concepciones, del llamado daño fisiológico, pasando por el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia. Este perjuicio se presume para ciertos casos y en otros debe ser probada.

La parte demandante solicitó la indemnización "*el reconocimiento de 900 SMLMV por concepto de cambio de condiciones de vida- Daño en la vida en relación*", por considerar que su prueba se deduce de las mismas pruebas que dan cuenta de los perjuicios morales.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que lo solicitado por la parte actora encuadra perfectamente en lo que hoy la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoce o identifica como parte de los bienes constitucionalmente protegidos[25], sobre los que, en sentencia del 13 de febrero de 2013, exp. 25119, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, se dijo:

> *"La identificación de derechos constitucionales, como fundamento o apoyo a la indemnización de perjuicios, no es un tópico novedoso en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya que, en dos oportunidades, la Sección Tercera se había referido a la lesión al derecho a la honra como basamento para una indemnización autónoma por el concepto de daño a la vida de relación. De modo que si bien, se hacía consistir la vulneración a esos derechos fundamentales en una expresión de la impertinente categoría de daños denominada 'daño a la vida de relación', lo cierto es que se reconocía la importancia del derecho considerado en sí mismo, así como de la lesión que padecía en virtud del daño antijurídico.*
>
> *"Como corolario de lo anterior, se tiene que el nuevo paradigma del derecho de daños y, concretamente, el contenido y alcance*

[25] *Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 27 de enero de 2016. Exp. 76001-23-31-000-2002-00914-01(37107). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.*

de la reparación integral del perjuicio atienden al restablecimiento del núcleo esencial de los derechos fundamentales – constitucionales que se ven afectados con el daño antijurídico imputable al Estado, por tal motivo, la reparación debe entender (sic) a una constitucionalización en cuanto concierne a la tipología del perjuicio, así como a la naturaleza de las medidas de reparación, en tanto no pueden estar dirigidas única y exclusivamente a entregar sumas de dinero a título de indemnización o compensación, sino que es necesario adoptar medidas de justicia restaurativa cuyo objeto sea la eficacia de los derechos de los asociados del Estado Social de Derecho ...".

En el *sub – lite*, tal como lo señaló el Juez de la primera instancia, teniendo en cuenta las particularidades de la investigación penal y el tiempo de privación de la libertad a la cual fue sometido, es necesario realizar una clara diferenciación existente entre el daño moral ya analizado y la alteración a las condiciones de existencia. La presunción es posible para el primero por la congoja que, atendiendo a las reglas de la experiencia, afecta directamente el aspecto interno del sujeto por el hecho de no poder gozar de su derecho fundamental a la libertad; frente a la segunda categoría enunciada, debe demostrarse cómo se ve reflejada esa privación de derechos en su círculo familiar y social, lo cual no se realizó en el presente caso, habida cuenta que no se demostró una seria afectación en la forma como normalmente se desempeñaba en los diferentes aspectos de su vida y como fue luego de la privación. En consecuencia, se confirma la decisión de no reconocer rubro alguno por este concepto.

6.2. Perjuicios Materiales

6.2.1. Daño Emergente

Para efectos de calcular el daño emergente, se allegó constancia de pago de honorarios al abogado defensor en el proceso penal, quien certificó haber atendido al señor Rubén Darío Vargas Marín en la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación, y que recibió como honorarios la suma de $15.000.000 (fl. 379).

Acorde con lo anterior, para efectos del reconocimiento de perjuicios materiales a título de daño emergente, el Juez inicial señaló que se tendría en cuenta la constancia suscrita por el Abogado FERNANDO SANDOVAL RODRÍGUEZ, quien asesoró al señor Vargas Marín dentro de la investigación penal adelantada ante la Fiscalía General de la Nación, donde se estableció que por sus servicios profesionales, el abogado recibió como pago la suma de tres millones de pesos ($15.000.000), suma que fue actualizada desde el momento en que se causó el perjuicio, esto es desde la

sentencia que declaró la prescripción de la acción penal, hasta el momento actual de la condena, tal como lo explicó el *A quo*, adicionalmente encuentra la Sala que la participación del apoderado judicial dentro del proceso penal está acreditada, toda vez que dentro de las piezas procesales se menciona la presencia del mentado apoderado en distintas diligencias, tales como la indagatoria llevada a cabo por la Fiscalía General de la Nación - Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, (fl. 120), y ante el Juzgado Noveno Penal de Sogamoso, solicitando la libertad de los acusados por lo previsto en la Ley 600 de 2000 (fl. 102), hechos que permiten efectivamente verificar la intervención del abogado.

6.2.2. Lucro cesante

La Sala encuentra que el Juez a quo reconoció como lucro cesante, desde el momento de la detención del señor Rubén Darío Vargas quien se desempeñaba como Subcomisario de la Policía Nacional, hasta el momento en que recobró su libertad, esto es por el período de 19 meses y 14 días, en la medida que una vez fue puesto en libertad, se encontraba en plenas capacidades para la vida laboral, por lo que se le reconoció como lucro cesante el monto total de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante dicho lapso, y del tiempo promedio en que una persona tarda en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, esto es 35 semanas; sumas que fueron tenidas en cuenta de conformidad con el certificado expedido por la tesorería de la Policía Nacional, para lo cual realizó la actualización correspondiente de acuerdo a la fórmula de renta actualizada conforme a IPC vigente, encontrándose ajustada la indemnización dispuesta por el Juez a quo.

- **De la condena en costas en vigencia del C.P.A.C.A**

La Fiscalía General de la Nación en su escrito de alzada adujo no había lugar a condena en costas por cuanto la actuación de la Entidad no fue temeraria. En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

> *"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*

a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.*

b) *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

c) *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*

e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP*[26]*, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".*

Ahora bien, conforme al artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho.

Razón por la cual, colige esta Sala que contrario a lo indicado por el recurrente, no es necesario dentro del plenario que se acredite la mala fe con la que actúe la parte, basta entonces que dentro del proceso se encuentren causadas, argumentos expuestos, más que suficientes para confirmar la condena en costas realizada por el *a quo* en el proceso de la referencia.

---

[26] *"**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*

- **DE LAS COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

En relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado[27] 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 el sub-lite, atendiendo el criterio señalado por la jurisprudencia en cita para la condena en costas procesales, se tendrá en cuenta su comprobación, el recurso presentado por la parte demandada no tuvo vocación de prosperidad, además la parte actora presentó alegatos de conclusión. Se fijará como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos ($500.000) a favor de la parte actora y a cargo de las Entidades demandadas, Fiscalía General de la Nación y Nación- Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial; lo anterior en atención a que en el numeral 3.4.1. del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura[28], vigente para la fecha de la presentación de la demanda, que fija en procesos ordinarios que se adelanten ante la Jurisdicción Contenciosa en segunda instancia "Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia".

VII. D E C I S I Ó N

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

III.- FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Condenar en costas a la parte vencida, liquídense por Secretaría y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO.- Fijar como agencias en derecho a cargo de la parte demandada, esto es a cargo de la Fiscalía General de la Nación y Nación-

[27] *Consejo de Estado. Sección Segunda. CP. Guillermo Vargas Ayala. Expediente 25000-23-24-000-2012-00446-01. Fecha 16 de abril de 2015.*
[28] *De conformidad con el numeral 4 del artículo 366 del CGP.*

Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la suma de quinientos mil pesos ($500.000).

CUARTO.- Notificada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

Hoja de firmas
Demandante: Rubén Darío Vargas Marín y Otros
Demandado: Fiscalía General de la Nación- Nación- Rama Judicial
Radicación: 2014-00150 01
Sentencia de segunda instancia

107

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 03 DE ORALIDAD

Tunja,

Magistrado Sustanciador: **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

EXPEDIENTE No. : 150013333005201600034-01
DEMANDANTE : SEGUNDO MARCOS BARO RUBIO
DEMANDADO : MUNICIPIO DE COMBITA
ASUNTO : EJECUTIVO

Ingresa el expediente de la referencia con informe secretarial visible a folio 106 del cuaderno principal, para decidir lo que en derecho corresponda.

Visto el expediente, el Despacho advierte que se han surtido de forma completa y adecuada las actuaciones del proceso de la referencia, correspondiendo continuar con la etapa procesal descrita en el artículo 327 del CGP, esto es la audiencia de sustentación y fallo.

Para tal fin, el Despacho fijará como fecha y hora para la referida diligencia el día martes seis (6) de marzo de dos mil dieciocho (2018) a las diez de la mañana (10:00 AM) en las salas de audiencia del Tribunal Contencioso Administrativo ubicadas en el quinto piso del Palacio de Justicia de la Ciudad de Tunja de la Carrera 9 No. 20-62.

Se recuerda a los interesados que la concurrencia de los apoderados de las partes procesales es obligatoria, que su ausencia no impedirá el desarrollo de la audiencia y por el contrario sí acarreará sanciones pecuniarias y procesales.

En mérito de lo anterior, el Despacho

R E S U E L V E:

PRIMERO: FÍJASE FECHA Y HORA para llevar a cabo la audiencia consagrada en el artículo 327 de CGP, en el asunto de la referencia, el día martes seis (6) de marzo de dos mil dieciocho (2018) a las diez de la mañana (10:00 AM) en las Salas de Audiencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, ubicadas en el quinto piso del Palacio de Justicia de Tunja de la Carrera 9 No. 20-62, según las previsiones efectuadas en la parte motiva de la providencia.

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

Notifíquese y cúmplase

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

MDM

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 20 FEB 2013
EL SECRETARIO

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 6 FEB. 2018

DEMANDANTE:	SEGUNDO JOAQUÍN BERNAL LÓPEZ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE TUNJA – INSPECCIÓN SÉPTIMA DE POLICÍA URBANA, TRÁNSITO Y ESPACIO PÚBLICO DE TUNJA
REFERENCIA:	150013333005-**2016-00110**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido el 13 de octubre de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante el cual se rechazó la demanda por caducidad de la acción.

I. ANTECEDENTES

El señor **SEGUNDO JOAQUÍN BERNAL LÓPEZ**, por intermedio de apoderado, presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra del **MUNICIPIO DE TUNJA – INSPECCIÓN SÉPTIMA DE POLICÍA URBANA, TRÁNSITO Y ESPACIO PÚBLICO DE TUNJA**, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 1078 de 27 de agosto de 2015, por medio de la cual la entidad accionada declaró contraventor de tránsito al demandante y le impuso una multa de $3.866.100, además de la suspensión de las licencias de conducción activas.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó:

i) Que se restablezcan los derechos limitados por dicha resolución y se ordene a las autoridades a que haya lugar, quitar de los sistemas de sanción al ciudadano.

ii) Que se deje sin efectos el auto No. 2015-1589 de 18 de diciembre de 2015, mediante el cual se libró mandamiento de pago y la Resolución No. 1.112-0428 de 28 de marzo de 2016, por medio de la cual se resolvió el acuerdo de pago.

iii) Que se ordene a la entidad accionada, resarcir los perjuicios provocados con la expedición del acto enjuiciado, esto es, los de orden moral, fisiológico y material (daño emergente).

II. DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. Del auto recurrido (fls. 119-121)

Se trata del auto del 13 de octubre de 2016, por medio del cual el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja rechazó la demanda por caducidad (numeral 1°, artículo 169 del CPACA), bajo los siguientes argumentos:

Luego de hacer un recuento de los fundamentos fácticos relacionados en el libelo inicial, indicó que la caducidad es un fenómeno jurídico de naturaleza procesal legalmente definido y de orden público, que limita en el tiempo el ejercicio de una acción, dependiendo de las particularidades establecidas para cada medio de control (nulidad y restablecimiento, reparación, etc.), que sus términos no son prorrogables y solo se suspenden por los eventos fijados en la ley, como es el caso de la conciliación prejudicial.

Refirió que en atención a lo establecido en el literal d, numeral 2° del artículo 164 del CPACA, el principal hito a partir del cual se habrá de contar el término para accionar pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho es el día de la notificación, comunicación, ejecución o publicación del acto demando.

En ese sentido y para el caso concreto, advirtió que de acuerdo con las pruebas aportadas al plenario, contrario a lo manifestado por el demandante, el acto administrativo que se acusa, Resolución No. 1078 de 27 de agosto de 2015, expedida por la Inspección Séptima de Policía Urbana, Tránsito y Espacio Público del Municipio de Tunja, sí le fue notificada personalmente el 11 de septiembre de 2015 y por ende, el término de caducidad se contaría a partir del siguiente día hábil, es decir, desde el lunes 14 de septiembre de 2015.

Por tanto, concluyó que la demanda ha debido ser interpuesta hasta el 14 de enero de 2016, no obstante, señaló que revisado el expediente, sólo hasta el 6 de octubre de 2016 fue radicada la misma. Destacó que no desconoce que el sancionado acudió al Ministerio Público para agotar el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial, pero tal como se observa en la constancia expedida por la Procuraduría 69 Judicial I para asuntos administrativos de Tunja, la solicitud de convocatoria fue radicada el 11 de agosto de 2016, sin que el término de caducidad haya sufrido suspensión alguna.

2. Fundamentos del recurso (fls. 127-136)

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, mediante el cual reiteró los hechos relacionados en la demanda, y que se resumen en los siguientes:

- El 23 de mayo de 2015 le fue elaborado comparendo.

- El 27 de agosto de 2015, la entidad accionada emitió la Resolución No. 1078, por medio de la cual declaró contraventor al demandante por infracción de tránsito (conducir en estado de embriaguez).

- A efectos de notificarle dicho acto, la accionada emite citatorio, y en atención al mismo, el actor comparece a las instalaciones de la entidad el 11 de septiembre de 2015.

- En ese momento, la entidad accionada le manifiesta que fue sancionado por la Resolución 1078, sin entregarle copia de dicho acto por no encontrar el expediente y quedando comprometida a enviárselo por medio de correo certificado, para que una vez sea entregado cuente el término de traslado para que haga uso de los recursos que contra éste proceden.

- Que si bien el actor compareció ante la entidad accionada el día 11 de septiembre de 2015, en ningún momento se le hizo entrega de la copia del acto administrativo, por lo que le era imposible haber podido hacer uso legítimo de su derecho de defensa por medio de los recursos que contra éste proceden y más aún, acceder a la jurisdicción administrativa al desconocer el acto demandado.

- Que en la constancia de 11 de septiembre de 2015, no se plasmó que al demandante se le hubiere entregado el acto administrativo, precisamente porque la entidad se comprometió a allegarla con posterioridad.

- Que solo hasta el 13 de mayo de 2016, existe constancia de que el actor haya conocido de manera cierta el contenido de la Resolución que se demanda, por medio de la cual fue sancionado.

Así las cosas, indicó que en virtud de los requisitos establecidos en el artículo 67 del CPACA, en ningún momento se le entregó al demandante el acto administrativo enjuiciado, es decir, no fue notificado en debida forma, siendo dicha circunstancia una de las razones por las cuales interpone la presente demanda.

Finalmente, consideró que el juez de instancia erró al rechazar la demanda, pues la Procuraduría delegada, previo a desarrollar la conciliación prejudicial, ya había efectuado el estudio del caso, evidenciando que no existía caducidad de la acción, caso contrario en el que hubiere rechazado la solicitud, toda vez que no se puede obligar al accionante a demostrar más de lo que puede.

III. CONSIDERACIONES

1. Procedencia y oportunidad del recurso de apelación

Al respecto, el numeral 1° del artículo 243 del CPACA establece lo siguiente:

> *"(...) 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.***
>
> *(...)"* (Subraya y negrita fuera del texto original).

Ahora bien, como el contenido de la providencia recurrida coincide con la decisión enunciada en precedencia, resulta clara la viabilidad de la apelación.

Así mismo, se observa que la decisión cuestionada fue notificada por estado el 14 de octubre de 2016 (situación corroborada por el accionante en la apelación[1]) y el recurso bajo estudio fue interpuesto el 19 de octubre de la misma anualidad (fl. 127), esto es, dentro de su término de ejecutoria, conforme a lo establecido en el numeral 2° del artículo 244 del CPACA[2].

2. Del estudio del recurso de apelación

No cabe duda que la caducidad es una institución jurídica que impide que las situaciones puedan ser debatidas en cualquier tiempo ante la jurisdicción, lo cual contrariaría el principio de seguridad jurídica y permitiría la permanencia indefinida de los conflictos en el tiempo[3].

Precisamente, por su carácter de norma de orden público, es posible que su configuración pueda ser declarada a petición de parte o de oficio, ya sea como excepción (art. 180-6 CPACA) o en la sentencia (art. 187 CPACA); esto, en caso de no haber sido advertida al momento de examinar la admisibilidad de la demanda.

Ahora bien, tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 164 numeral 2° literal d) del CPACA, establece:

> *"(...) d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de **cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo**, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales."* (Negrita y subraya fuera del texto original).

Y en cuanto a la notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto, en los artículos 66 a 68 *ibídem*, se señala lo siguiente:

---

[1] *Folio 127 del expediente.*

[2] *"(...) ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:*
(...)
*2. **Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió**. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

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

"ART. 66.- DEBER DE NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes.

ART. 67.- NOTIFICACIÓN PERSONAL. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

*En la diligencia de notificación **se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora**, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.*

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

(...)
*ART. 68.- CITACIONES PARA NOTIFICACIÓN PERSONAL. Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, **se le enviará una citación a la dirección**, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, **para que comparezca a la diligencia de notificación personal.** El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.*
(...)" (Negrita y subraya fuera del texto original).

De conformidad con lo transcrito en precedencia, la Sala advierte que en el plenario se acredita lo siguiente:

- El **27 de agosto de 2015**, la Inspección Séptima de Policía Urbana, Tránsito y Espacio Público de Tunja, profirió la Resolución No. 1078 en Audiencia Única Pública dentro del comparendo No. 15001000000010582397 (fl. 16), por medio de la cual declaró al demandante contraventor en cuanto a tránsito se refiere, por encontrarse incurso dentro de la conducta que describe el Art. 4 de la Ley 1696 de 2013 (conducir bajo el influjo del alcohol) y le impuso una multa de $3.866.100 más intereses moratorios (fls. 21-25).

- El **3 de septiembre de 2015**, la entidad accionada envió citación a la dirección del actor, con el fin de que se acercara a las instalaciones de la Inspección Séptima de Policía a notificarse personalmente de la Resolución No. 1078 de 27 de agosto de 2015 (fls. 26-28).

- El **11 de septiembre de 2015**, el Auxiliar Administrativo de la Inspección Séptima de Policía de Tunja, dejó constancia de la notificación personal del acto administrativo demandado, en los siguientes términos (fl. 29):

  "En Tunja, se hizo presente el día de hoy ante este Despacho, con el fin de notificarse personalmente el señor SEGUNDO JOAQUÍN BERNAL LÓPEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.049.617.971 de Tunja de la resolución número 1078 de fecha veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015), a quien se le hace saber que contra la presente Resolución proceden el recurso de reposición ante esta misma Inspección y el de apelación ante el Superior Jerárquico, recursos que deberán interponerse dentro de los diez días siguientes a su notificación en este Despacho.

Para constancia se firma hoy once (11) se septiembre de dos mil quince (2015).
(...)" (Subraya fuera de texto).

Dicha Resolución quedó ejecutoriada el 28 de septiembre de 2015 (fl. 30).

- El **18 de diciembre de 2015**, se libró Mandamiento de Pago No. 2015-1589, a favor del Municipio de Tunja y a cargo del señor Segundo Joaquín Bernal López, por la suma de tres millones ochocientos sesenta y seis mil cien pesos ($3.866.100), más intereses moratorios a que haya lugar (fl. 31).

- El **28 de marzo de 2016**, la Secretaría de Tránsito y Transportes de Tunja, profirió la Resolución No. 1.11-2- 0428, por medio de la cual concedió facilidad de pago para la cancelación de la multa impuesta al actor dentro del proceso coactivo administrativo No. 2015-1589 (fl. 32), en atención a la solicitud que sobre el particular elevara el demandante en esa misma fecha.

- El **27 de mayo de 2016,** el demandante, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación contra la Resolución No. 1078 de 27 de agosto de 2015, argumentando entre otras cosas que (fls. 33-41):

  - El día de la notificación personal, la entidad quedó comprometida a llevarle a su domicilio la copia del acto administrativo, pues en ese momento no encontraban el expediente.

  - Nunca le llevaron la copia a su residencia, pero sí recibió una llamada de la Secretaría de Tránsito de Tunja, mediante la cual lo citaban para que cancelara el valor adeudado del comparendo.

  - Cuando compareció a la Secretaría de Tránsito, le manifestaron que sus cuentas serían embargadas y que se estaban generando intereses del comparendo, por lo que para detener dicha situación debía llegar a un acuerdo de pago ante lo cual accedió; además, le indicaron que podía acercarse a la Inspección a preguntar por qué no le habían entregado la resolución.

  - Que una vez en la Inspección, le señalaron que debía pasar en los próximos días por la Resolución, no obstante, al acercarse a dicho ente en varias ocasiones en las que le indicaron que no encontraban el expediente, finalmente le señalaron que éste se encontraba en la Secretaría de Tránsito de Tunja, entidad a la cual se dirigió y en la que le refirieron que era necesario que elevara una solicitud para la copia del expediente.

  - El 8 de abril de 2016, solicitó copia del expediente, la cual le fue entregada el 13 de mayo de 2016, en la que se encontraba la Resolución 1078 de 2015, por lo que consideró que como nunca tuvo conocimiento

de la misma, solo hasta el 13 de mayo se entiende notificado, contando el término para interponer los recursos de ley.

- A través de la Resolución No. 1387 de **1° de junio de 2016** (fls. 51-52), la Inspección Séptima Municipal de Policía de Tránsito y Espacio Público de Tunja, rechazó de plano por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor, argumentando que efectivamente la Resolución No. 1078 de 2015 fue notificada el 11 de septiembre de 2015, fecha a partir de la cual el demandante contaba con diez días para interponer los recursos que procedían.

En ese contexto, se destaca el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de abril de 2015, Rad. Interno No. 20089, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, en los siguientes términos:

> *"(...)*
> *Ahora bien, **la Sala ha considerado que no procede de entrada el rechazo de plano de la demanda, cuando se controvierte la notificación de los actos acusados**, pues para decidir si se configuró la caducidad de la acción deberá tramitarse el proceso, para que en la sentencia se defina si la demanda se presentó de manera oportuna.*
>
> *Sin embargo, **debe precisarse que esa tesis es aplicable en los casos en que exista duda razonable frente a la caducidad de la acción.** Esto es, la tesis opera cuando no sólo se alega la indebida o falta de notificación de los actos, sino cuando se advierte prima facie que hay razones serias para dudar del acaecimiento de la caducidad de la acción. En esos casos, habrá de preferirse la admisión y no el rechazo de la demanda, pero **siempre que en la demanda se cuestione objetivamente, no caprichosamente, no subjetivamente, la falta o indebida notificación de los actos administrativos.** Así, por ejemplo, puede ocurrir que haya serias dudas sobre la fecha de notificación del acto definitivo. En ese caso, estaría en discusión la fecha en que opera la caducidad y, por ende, deberá admitirse la demanda.*
> *(...)"* (Destaca la Sala).

Conforme a la sentencia antes referida, se observa en el presente asunto que el accionante **sí cuestiona** la notificación de la Resolución No. 1078 de 27 de agosto de 2015, por medio de la cual fue declarado contraventor de las normas de tránsito (conducir en estado de embriaguez) y se le impuso una multa, tal y como se observa en el libelo inicial (fls. 2-9), pues concretamente pone en discusión la entrega de la copia de dicho acto administrativo al momento de la notificación personal llevada a cabo el 11 de septiembre de 2015 (fl. 29), en la que la Inspección Séptima Municipal de Policía Urbana de Tránsito y Espacio Público de Tunja, no dejó constancia de la entrega de la resolución mencionada, como sí lo hizo en la notificación personal de la Resolución No. 1387 de 1° de junio de 2016, que rechazó de plano por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por el actor (fl. 53).

Así las cosas, y conforme a la exposición fáctica expuesta en precedencia, se advierte la existencia de duda frente a la entrega del acto administrativo enjuiciado, momento a partir del cual el actor se entendería notificado en debida forma, tal y como lo establece el artículo 67 del CPACA, a efectos de

contabilizar el término de la caducidad del medio de control, situación que no conlleva al rechazo de la demanda, sino que por el contrario, deberá darse trámite al proceso con el fin de determinar si en este caso feneció la oportunidad para interponer la acción.

En consecuencia, se revocará el auto de 13 de octubre de 2016, por medio del cual el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja rechazó la demanda, y en su lugar, se ordenará al *a quo* que proceda a realizar el estudio de los demás requisitos de la demanda para su admisión.

IV. DE LAS COSTAS PROCESALES

Con base en lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas a la parte recurrente en razón a que aquello sólo procede tratándose de la sentencia de primera o segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto de 13 de octubre de 2016, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante el cual rechazó la demanda por caducidad, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Juzgado de primera instancia que, de encontrar reunidos los demás requisitos de la demanda, proceda a admitirla en concordancia con lo dispuesto en el artículo 171 del CPACA.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICADO POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 20 de 2019
La Secretaria

-REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No.1

Magistrado Ponente: FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, 06 FEB 2018

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO
DEMANDANTE:	LEOPOLDO BARRERA LOPEZ
DEMANDADO	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES
RADICACIÓN:	15001333300620160012O-01

==========

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda respecto del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto del 10 de febrero de 2017 proferido por el Juzgado Trece Administrativo de Tunja, mediante el cual se libró mandamiento de pago por la suma de once millones seiscientos veintidós mil seis pesos M/cte ($11.622.006).

I. ANTECEDENTES

— Leopoldo Barrera López, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ordinaria en contra de la Caja Nacional de Previsión Social con el objeto de que se le reliquidara su pensión de jubilación.

— Mediante providencia del 18 de mayo de 2010, el Juzgado Trece Administrativo de Tunja negó las pretensiones de la demanda. Posteriormente, mediante providencia del 15 de diciembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Boyacá revoca la sentencia de primera instancia, ordenando a CAJANAL reliquidar y pagar la pensión de jubilación del actor, tomando como base los factores salariales devengados en el último año.

— A través de la Resolución No. UGM 057739 del 01 de noviembre de 2012, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la protección Social –UGPP-, dio

cumplimiento al fallo judicial proferido en segunda instancia, acto administrativo que fue modificado por la Resolución RDP 014961 del 03 de abril de 2013.

—Posteriormente, en el mes de enero de 2013, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales –UGPP-, reportó al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional –Consorcio FOPEP- la novedad de inclusión en nómina de las Resoluciones UGM 057739 del 01 de noviembre de 2012 y RDP 014961 del 03 de abril de 2013, sin que dentro del pago efectuado al actor, se le incluyera lo correspondiente al pago de intereses moratorios.(Fls. 67-69)

DECISIÓN EN PRIMERA INSTANCIA. (Fls 115-117 Cdno principal)

El Juzgado Trece Administrativo de Tunja, mediante auto del 10 de febrero de 2017, libró mandamiento de pago por valor de once millones seiscientos veintidós mil seis pesos ($11.622.006), por concepto de intereses moratorios, y no por la suma pedida por el actor, esto es, dieciséis millones trescientos sesenta y un mil trescientos seis pesos ($16.361.306), con fundamento en lo siguiente.

Señaló que al ejecutante le asistía el derecho al reconocimiento de los intereses pedidos, pero que los mismos no podían ordenarse en la forma solicitada, es decir, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta el momento en que se produjo el respectivo pago.

En efecto, sostuvo que como la sentencia que constituye el título ejecutivo cobró ejecutoria el 01 de febrero de 2011, la parte actora contaba hasta el día 02 de agosto del mismo año para presentar la solicitud de cumplimiento, de conformidad con lo señalado en el artículo 177 del C.C.A; por lo que al haber sido radicada sólo hasta el 04 de noviembre de 2011, esto es, cuando los seis meses se encontraban superados, operó la cesación de la causación de los intereses, la que se reanudó al momento de la presentación de la petición de pago.

Por lo anterior, procedió a librar mandamiento de pago únicamente por los intereses causados del 02 de febrero de 2011 (día siguiente a la ejecutoria de la sentencia) al 02 de agosto de 2011 (fecha máxima para presentar la petición de pago); y del 04 de noviembre de 2011 a la fecha de pago de la obligación, lo cual ocurrió el 30 de enero de 2013.

Así las cosas, conforme a la liquidación efectuada por el *A* quo, el valor de los intereses moratorios a reconocer ascendió a la suma de once millones seiscientos veintidós mil seis pesos ($11.622.006).

EL RECURSO DE APELACIÓN. (Fls 119-120 C. principal)

El apoderado de la parte demandante interpuso y sustentó recurso de apelación en contra del auto proferido por el juez de primera instancia exponiendo los siguientes argumentos:

En cuanto al capital base para la liquidación de los intereses

Señaló que el juez de primera instancia tomó como capital base para liquidar los intereses moratorios, la suma de $26.491.070, valor que fue el que se tuvo en cuenta en la liquidación aportada a la demanda ejecutiva, pero que dicha suma no puede mantenerse desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta la fecha de inclusión en nómina, tal como lo hizo el *A* quo, como quiera que el capital varía mes a mes, atendiendo a que se siguen generando diferencias mensuales al no pagarse la mesada pensional tan pronto queda ejecutoriado el fallo.

En efecto, sostuvo que tener en cuenta todos los meses la misma base de liquidación, vulneraría los derechos del actor, quien tuvo que esperar casi un año desde que la sentencia quedó ejecutoriada para efectos de que se hiciera efectivo su pago, el cual se produjo hasta enero del 2013, tiempo durante el cual se seguían generando diferencias de mesadas, por lo cual la base de liquidación asciende mes a mes hasta cuando se produce el pago de la respectiva obligación.

Respecto al periodo a tener en cuenta para liquidar los intereses

Señaló que le asistía razón al juez de primera instancia al indicar que para efectos de liquidar los intereses moratorios, solamente se debía tener en cuenta el periodo comprendido entre el 02 de febrero de 2011 (día siguiente a la ejecutoria de la sentencia), al 02 de agosto del mismo año (fecha máxima de presentación del escrito de pago); y del 04 de noviembre de 2011 (fecha de presentación del escrito) hasta el mes de enero de 2013 (fecha de inclusión en nómina), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática de la discusión, la Sala abordará, en su orden **i.** lo que se debate en segunda instancia y la formulación del problema jurídico **ii.** La relación de los hechos probados, y, finalmente **iii.** El estudio y la solución del caso en concreto.

II.1.- LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y PROBLEMA JURÍDICO.

En síntesis, el A-quo sostuvo que los intereses moratorios no se liquidaron en debida forma, como quiera que al haberse presentado la petición de pago después de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que sirve de título ejecutivo, había cesado la causación de los mismos, por lo cual se debía reconocer sólo los generados entre el 03 de febrero de 2011 (día siguiente a la ejecutoria de la sentencia), y el 02 de agosto de 2011 (fecha máxima que tenía la parte actora para presentar la petición de pago); así como los causados entre el 04 de noviembre de 2011 (fecha de presentación de la petición de pago) y el 30 de enero de 2013 (pago de la obligación), tomando como capital base de liquidación para todos los meses el valor de $26.491.070.

La parte demandante apeló la decisión del juez de primera instancia al considerar que no se puede entender que la liquidación de los intereses moratorios deba efectuarse todos los meses y hasta la fecha de inclusión en nómina con el mismo valor base de liquidación, sino que al no efectuarse el aumento de la mesada pensional a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia, ello ocasionó que se siguieran generando diferencias a favor del demandante.

Conforme a lo anterior, le corresponde a la Sala establecer si resulta correcto incrementar mes a mes el valor base de liquidación para efecto de liquidar los intereses moratorios, y de ser ello así, determinar si el mandamiento de pago debe ser modificado en la forma pedida por el apelante.

II.2.- PROPOSICIONES SOBRE LOS HECHOS.

En el expediente se encuentran probadas las siguientes afirmaciones sobre los hechos:

2.1. El señor Leopoldo Barrera López por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra de la Caja Nacional de Previsión Social con el objeto de que se le reliquidara su pensión de jubilación. (Fls. 15-16)

2.2. Mediante providencia del 18 de mayo de 2010, el Juzgado Trece Administrativo de Tunja negó las pretensiones de la demanda. Posteriormente, mediante providencia del 15 de diciembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Boyacá revocó la sentencia de primera instancia, ordenando a CAJANAL reliquidar y pagar la pensión de

jubilación del actor, tomando como base los factores salariales devengados en el último año. (Fls. 29-45)

2.3. Por escrito del 04 de noviembre de 2011, el apoderado del actor presentó solicitud de cumplimiento al fallo antes referido. (Fls. 108-109)

2.4. A través de la Resolución No. UGM 057739 del 01 de noviembre de 2012, la UGPP dio cumplimiento al fallo proferido en segunda instancia, acto administrativo que fue modificado por la Resolución RDP 014961 del 03 de abril de 2013. (Fls. 62-63)

2.5. Posteriormente, en el mes de enero de 2013, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales –UGPP-, reportó al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional –Consorcio FOPEP- la novedad de inclusión en nómina de las Resoluciones UGM 057739 del 01 de noviembre de 2012 y RDP 014961 del 03 de abril de 2013, sin que dentro del pago efectuado al actor, se le incluyera lo correspondiente al pago de intereses moratorios. (Fls. 67-69)

II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

La Sala modificará la decisión apelada, conforme a las razones que a continuación pasan a exponerse.

3.1. Valor base de liquidación sobre el cual se deben liquidar los intereses moratorios.

En relación con el valor base de liquidación sobre el cual se deben liquidar los intereses moratorios, debe señalarse que la Sala comparte el argumento expuesto por el apoderado de la parte actora dentro del recurso de apelación, teniendo en cuenta que la inclusión en nómina de la suma de ($26.491.070), dinero adeudado por la UGPP al actor, se produjo tan solo hasta el mes de enero de 2013 (Fl. 66), por lo que dicha situación implicó que al no efectuarse el aumento de la mesada pensional a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia (2 de febrero de 2011), mes a mes se fuera incrementando el capital base de liquidación, hasta el momento de la ya referida inclusión en nómina.

No obstante lo anterior, se debe advertir que para poder calcular los intereses sobre el valor base de liquidación, la parte actora debía previamente hacer los descuentos del 12% por concepto de salud, para luego sí sobre la suma restante, empezar a calcular los intereses moratorios que en esta oportunidad se reclaman.

Ahora bien, en cuanto al periodo para el reconocimiento de los aludidos intereses moratorios, se debe señalar tal como lo hizo el *A*

quo, que al haberse presentado la petición de pago después de los seis meses siguientes a la ejecutoria del fallo que sirve de título ejecutivo, ello generó la interrupción en la causación de los intereses moratorios entre el 02 de febrero de 2011 al 02 de agosto del mismo año, y del 04 de noviembre siguiente al 30 de enero de 2013, tal como lo dispone el artículo 177 del C.C.A., situación que por demás fue aceptada por la parte ejecutante y por lo tanto no fue objeto del recurso de apelación.

Así las cosas, con base en los criterios antes expuestos, la Sala pasa a realizar la liquidación de los intereses moratorios solicitados.

Intereses moratorios

Se toma como fecha inicial el día siguiente a la ejecutoria de la Sentencia 02/02/2011 (folio 51) hasta la fecha de pago o inclusión en nómina (enero de 2013) realizada por parte de la Entidad demandada U.G.P.P. (folio 66)

Para la liquidación de intereses moratorios se toma como capital, el monto indicado a la fecha de ejecutoria en la liquidación presentada por la Entidad Demandada (folio 69), al cual se le practica el descuento de salud como corresponde. El capital se incrementa mes a mes en la medida que se causan las diferencias de mesadas generadas con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, hasta 30/12/2013 lo anterior teniendo en cuenta que la inclusión en nómina se dio en enero de 2013, según lo indicado en la demanda a fl. 5 y en la liquidación de la UGPP visible a fls. 66-69.

Considerando que la solicitud de cumplimiento de la sentencia se realizó el día 4/11/2011 (fls. 108 y 109) se genera interrupción en el cálculo de los intereses moratorios durante el periodo comprendido entre el 02/08/2011 al 3/11/2011 en los términos del Art.177 del C.C.A.

CONCEPTO	MESADAS	INDEXACION	TOTAL	SALUD	TOTAL MESADAS A LA FECHA DE EJECUTORIA
MESADAS A LA FECHA DE EJECUTORIA 12%C	16.193.773,37	4.305.551,88	20.499.325,25	2.459.919,03	$ 18.039.406,22
MESADAS A LA FECHA DE EJECUTORIA 12,5%C	1.873.431,51	316.178,53	2.189.610,04	273.701,26	$ 1.915.908,79
MESADAS A LA FECHA DE EJECUTORIA ADIC	3.026.141,34	775.994,25	3.802.135,59		$ 3.802.135,59
TOTAL MESADAS ATRASADAS INDEXADAS A LA FECHA DE EJECUTORIA	**21.093.346,22**	**5.397.724,66**	**26.491.070,88**	**2.733.620,29**	**$ 23.757.450,60**

INTERESES MORATORIOS								
PERIODO	DIFERENCIA MESADA	SALUD	CAPITAL ACUMULADO	INTERES BANCARIO	INTERES MORA 1,5	INTERES MORATORIO DIARIO	Nº DIAS	TOTAL INTERES
02/02/2011	$ 180.723,87	$ 21.687	$ 23.757.450,60	15,61%	23,42%	0,058%	29	$ 402.747
01/03/2011	$ 186.955,73	$ 22.435	$ 23.916.487,60	15,61%	23,42%	0,058%	30	$ 419.423
01/04/2011	$ 186.955,73	$ 22.435	$ 24.081.008,65	17,69%	26,54%	0,065%	30	$ 472.441
01/05/20	$	$	$	17,69%	26,54%	0,065%	30	$

11	186.955,73	22.435	24.245.529,69					475.668
01/06/2011	**$ 373.911,46**	$ 22.435	$ 24.410.050,73	17,69%	26,54%	0,065%	30	$ 478.896
01/07/2011	$ 186.955,73	$ 22.435	$ 24.761.527,50	18,63%	27,95%	0,068%	30	$ 508.673
01/08/2011	$ 186.955,73	$ 22.435	$ 24.926.048,54	18,63%	27,95%	0,068%	2	$ 34.137
01/09/2011	$ 186.955,73	$ 22.435	$ 25.090.569,59	18,63%	27,95%	0,068%	0	$ -
01/10/2011	$ 186.955,73	$ 22.435	$ 25.255.090,63	19,39%	29,09%	0,071%	0	$ -
04/11/2011	**$ 373.911,46**	$ 22.435	$ 25.419.611,67	19,39%	29,09%	0,071%	27	$ 486.896
01/12/2011	$ 186.955,73	$ 22.435	$ 25.771.088,44	19,39%	29,09%	0,071%	30	$ 548.476
01/01/2012	$ 193.929,18	$ 23.272	$ 25.935.609,49	19,92%	29,88%	0,073%	30	$ 565.257
01/02/2012	$ 193.929,18	$ 23.272	$ 26.106.267,17	19,92%	29,88%	0,073%	30	$ 568.977
01/03/2012	$ 193.929,18	$ 23.272	$ 26.276.924,84	19,92%	29,88%	0,073%	30	$ 572.696
01/04/2012	$ 193.929,18	$ 23.272	$ 26.447.582,52	20,52%	30,78%	0,075%	30	$ 591.646
01/05/2012	$ 193.929,18	$ 23.272	$ 26.618.240,20	20,52%	30,78%	0,075%	30	$ 595.464
01/06/2012	$ 387.858,36	$ 23.272	$ 26.788.897,88	20,52%	30,78%	0,075%	30	$ 599.282
01/07/2012	$ 193.929,18	$ 23.272	$ 27.153.484,74	20,86%	31,29%	0,076%	30	$ 616.251
01/08/2012	$ 193.929,18	$ 23.272	$ 27.324.142,42	20,86%	31,29%	0,076%	30	$ 620.125
01/09/2012	$ 193.929,18	$ 23.272	$ 27.494.800,09	20,86%	31,29%	0,076%	30	$ 623.998
01/10/2012	$ 193.929,18	$ 23.272	$ 27.665.457,77	20,89%	31,34%	0,076%	30	$ 628.661
01/11/2012	$ 387.858,36	$ 23.272	$ 27.836.115,45	20,89%	31,34%	0,076%	30	$ 632.539
01/12/2012	$ 193.929,18	$ 23.272	$ 28.200.702,31	20,89%	31,34%	0,076%	30	$ 640.824
30/01/2013			$ 28.371.359,99	20,75%	31,13%	0,075%	30	$ 640.916
	$ 5.139.201,15	**$ 525.291,76**		**TOTAL LIQUIDACION DE INTERESES**				**$ 11.723.996**

Para el cálculo de los intereses moratorios se aplica la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, teniendo en cuenta el Decreto 2469 de 2015 y el Concepto No 2008079262-001 del 2 de enero de 2009 en el que señala la fórmula matemática que permite expresar la misma tasa en periodos distintos al de un año (meses o días)

Para calcular la tasa efectiva diaria:

$$(((1+i)^{(1/360)}-1))*100$$

Donde i = tasa efectiva anual

Conforme al anterior cuadro, se evidencia que el valor de los intereses moratorios vencidos, ascienden a la suma de once millones setecientos veintitrés mil novecientos noventa y seis pesos ($11.723.996), cifra que resulta diferente a la que arrojó la liquidación efectuada por el juez de primera instancia, razón por la cual se hace necesario modificar la decisión del a- quo.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

III RESUELVE

MODIFICAR el numeral primero del auto del (10) de febrero de dos mil diecisiete (2017) proferido por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, para disponer que el mandamiento de pago en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social –UGPP, y a favor del señor Leopoldo Barrera López, será por la suma de ONCE MILLONES SETECIENTOS VEINTITRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($11.723.996), por concepto de intereses moratorios liquidados desde el 02 de febrero de 2011 día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, hasta el 02 de agosto del mismo año (fecha máxima que tenía la parte actora para presentar la petición de pago); y del 04 de noviembre de 2011 (fecha de la presentación del escrito de pago) hasta enero de 2013 (fecha de inclusión en nómina.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás el auto apelado.

TERCERO.- Sin condena en costas.

CUARTO.- Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al despacho de origen y de ello déjese el respectivo registro.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
La anterior se notifica por estado
20 de 02. 10 FEB 2017
SECRETARIO

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 6 FEB. 2018

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	150013333007**201500130**-01
DEMANDANTE:	MANUEL UMAÑA VARGAS
DEMANDADO:	CREMIL
TEMA:	RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO SOLDADO PROFESIONAL - SUELDO BÁSICO INCREMENTADO EN UN 60% MÁS EL 38.5% DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia preferida el 15 de diciembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Declaraciones y condenas (ff. 2-3)

El señor MANUEL UMAÑA VARGAS, a través de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL- con el objeto de que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios Nos. 2014-35037 del 28 de mayo de 2014 y 2014-29981 del 13 de mayo del mismo año, mediante los cuales la entidad accionada negó las peticiones elevadas por el accionante relativas a la reliquidación de su asignación de retiro (i) tomando en su base de liquidación como asignación básica 1 SMLMV incrementado en un 60% y (ii) calculándola a partir de la sumatoria del 70% de la asignación básica -en los términos antes mencionados- más un 38.5% de la prima de antigüedad, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que (i) se condene a la demandada a reliquidar la asignación de retiro reconocida al accionante, incluyendo como partida computable en su base de liquidación el salario básico mensual entendido en los términos del inciso 2° del artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo incrementado en un 60%, y que (ii) la liquidación de la prestación se lleve a cabo en de conformidad con el artículo 16 del Decreto No. 4433 del 2004, es decir, tomando el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.

Igualmente, pidió que se ordene el reajuste de la prestación año por año a partir de su reconocimiento, el pago efectivo e indexado de las diferencias que se causen por efecto de la orden de reliquidación, la causación de intereses moratorios de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA, y que se condene a la entidad demandada al pago de gastos y costas procesales.

1.2. Fundamentos fácticos (ff. 3-4)

El apoderado del demandante manifestó que el señor MANUEL UMAÑA VARGAS prestó el servicio militar en las filas del EJÉRCITO NACIONAL y, una vez terminó el periodo reglamentario, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario, y posteriormente, a partir del 1 de noviembre de 2003, fue promovido a soldado profesional; condición que mantuvo hasta el retiro.

Indicó que mediante el Decreto No. 1793 de 2000 el Gobierno Nacional creó dentro de la estructura de la Fuerza Pública la modalidad de "*soldados profesionales*", y el Decreto No. 1794 del mismo año estableció el régimen salarial y prestacional para ese personal. A partir de esa norma, el EJÉRCITO NACIONAL fijó erradamente la asignación básica del señor UMAÑA VARGAS en un salario mínimo incrementado en un 40% del mismo salario y no en un 60%, como era debido.

Señaló que, en cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, mediante Resolución No. 2349 del 14 de marzo de 2014 CREMIL reconoció una asignación de retiro al demandante y liquidó la mesada teniendo como referencia el salario mínimo más el 40%.

De igual manera, precisó que el Decreto No. 4433 de 2004 en su artículo 16 establece la forma de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, indicando que corresponde al 70% del salario mensual adicionando con el 38.5% de la prima de antigüedad.

Finalmente, señaló que el 9 y 28 de mayo de 2014 el accionante le solicitó a CREMIL que en la liquidación de su asignación de retiro aplicara lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000 y en el artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, obteniendo respuesta mediante los actos acusados.

1.3. Fundamentos de derecho (ff. 4-20)

Se señalaron como normas violadas el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; las Leyes 131 de 1985, 4ª de 1992 y 923 de 2004; y los Decretos Nos. 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

De forma relevante, la parte accionante adujo que de forma arbitraria e inconsulta, el MINISTERIO DE DEFENSA había disminuido la asignación básica mensual que ostentaban los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales, de modo que pasaron de devengar un salario mínimo incrementado en un 60%, a un salario mínimo incrementado en un 40%.

Refirió que no se había aplicado el inciso 2° del artículo 1° del Decreto No. 1974 de 2000, con lo cual se había producido un trato discriminatorio en perjuicio del actor, se habían vulnerado los principios de progresividad y favorabilidad, así como el derecho a la seguridad social, los derechos adquiridos y la supremacía de la Constitución. Por esa razón, sostuvo que debía inaplicarse el artículo 13.2.1 del Decreto No. 4433 de 2004, que remitía para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales al inciso 1° -no el 2°- del mencionado artículo 1° del Decreto No. 1974 de 2000.

Finalmente, expuso que en la liquidación de la prestación se afectaba doblemente el concepto relativo a la prima de antigüedad, ya que no se sumaba el 70% de la asignación básica -en los términos antes indicados- con el 38.5% de la prima de antigüedad, sino que al 100% de la asignación básica adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad se le aplicaba el 70%, cuestión que no surgía de la literalidad del artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (ff. 51-55)

Dentro de la oportunidad procesal concedida para el efecto, CREMIL se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó los hechos relacionados únicamente con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

Luego de hacer un recuento sobre los antecedentes de la demanda, propuso como excepciones las siguientes:

i) "Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes": Frente aesta excepción, señaló que CREMIL es el encargado de reconocer y pagar asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento. Aclaró que conforme al artículo 217 inciso 3° de la Constitución Política, los miembros de las FFMM hacen parte de un régimen especial y, en desarrollo de tal precepto, se han expedido distintos decretos encontrándose vigente el Decreto No. 4433 de 2004.

ii) "No configuración de violación al derecho a la igualdad": Destacó el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-387 de 1994, del cual concluyó que en este caso no se ha vulnerado el derecho a la igualdad pues fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto No. 4433 de 2004.

iii) "Inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste solicitado 40-60%": Al respecto, indicó que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000, que se refiere a un incremento del 40% sobre el SMLMV, más no el inciso 2° como afirma el demandante (60%). Lo anterior teniendo en cuenta que en la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, se encuentran las partidas computables entre las que se enuncia el sueldo básico, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 No. de 2004, se debe incrementar en un 40%.

iv) "Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro": Señaló que el artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004 es claro al establecer que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha venido aplicando CREMIL. Para soportar su postura, citó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de septiembre de 2013, Rad. No. 2012-00086-01, M.P. Dra. Amparo Oviedo Pinto.

v) "No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares": Sostuvo que la entidad ha actuado conforme a la ley y que los actos enjuiciados se encuentran amparados

bajo la presunción de legalidad y, por tal razón, deben desestimarse las pretensiones de la demanda.

vi) "No configuración de causal de nulidad": Consideró que los actos administrativos demandados no están inmersos en ninguna causal de nulidad contemplada en el artículo 137 del CPACA y, por el contrario, las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustaban a la normatividad aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares.

vii) "Prescripción de mesadas según reajuste": Manifestó que en caso de que al demandante le asistiera algún derecho respecto a las pretensiones, debía declararse probada la excepción de prescripción trienal del derecho, conforme al artículo 43 del Decreto No. 4433 de 2004.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida en la Audiencia Inicial adelantada el 15 de diciembre de 2016, resolvió (ff. 172-183):

> *"(...) PRIMERO: Declarar no probada la excepción de Prescripción propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -Cremil-, atendiendo a lo motivado ut supra.*
>
> *SEGUNDO: Declarar probada la excepción de Falta de Legitimación Material en la Causa por Pasiva por parte de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.*
>
> *TERCERO: Declarar la nulidad del oficio N° 2014.35037 del 28 de mayo de 2014 y del oficio N° 2014-29981 del 13 de mayo de 2014, por medio de las cuales, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó al demandante la reliquidación de la asignación de retiro con base en el salario mínimo incrementado en el 60% conforme al inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, y la reliquidación de la misma asignación conforme al 70% de la asignación básica más el 38.5% adicional por concepto de prima de antigüedad, respectivamente; conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del Derecho, ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL- RELIQUIDAR la asignación de retiro del señor MANUEL UMAÑA VARGAS, identificado con C.C. N° 7.228.062 de Duitama calculando el monto de la prestación con la sumatoria de los siguientes conceptos:*
>
> *a.) El 70% del salario básico, calculado en los términos del inciso 2° del artículo 1° del Decreto N° 1794 de 2000, esto es, un (1) SMLMV incrementado en un 60%.*

b.) El 38.5 de la prima de antigüedad, sin que se aplique ninguna otra deducción a este factor.

En todo caso, deberán deducirse de forma indexada (i) los aportes a salud sobre las diferencias que se generen por efecto de la reliquidación, conforme lo ordena el artículo 36 del Decreto N° 1795 d (sic) *2000, (ii) los demás descuentos a que haya lugar.*

QUINTO: CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-, a reconocer, liquidar y pagar al demandante, las diferencias que resulten entre las mesadas efectivamente devengadas y aquellas que debían cancelarse conforme a la reliquidación ordenada en esta providencia, con efectos fiscales a partir del 15 de abril de 2014, fecha fiscal de retiro, dado que no operó el fenómeno prescriptivo.

SEXTO: Las sumas que resulten a favor del señor Manuel Umaña Vargas se ajustarán en la forma prevista en la parte considerativa de esta sentencia aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = RH = (\text{sic})\ X\ \frac{INDICE\ (\text{sic})\ FINAL}{INDICE\ (\text{sic})\ FINAL}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.) -sic-, *que es lo dejado de percibir por el demandante como diferencia no prescrita entre lo que debió recibir por concepto de la reliquidación de la asignación básica y lo que recibió efectivamente, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron tosas* (sic) *y cada una de las sumas adeudadas mes a mes, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia. (...)"*

Para adoptar tal determinación, el *a quo* sostuvo que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000 y la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, la asignación básica de los soldados profesionales vinculados por primera vez a partir del 1° de enero de 2000 era equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 40%; mientras que los soldados que eran voluntarios y fueron incorporados como profesionales tienen derecho a devengar como asignación básica el equivalente a 1 SMLMV aumentado en un 60%, como garantía de los derechos adquiridos y con el fin de respetar el principio de inescindibilidad normativa.

Sostuvo que el accionante estaba dentro del segundo supuesto y, aunque en actividad no había recibido su remuneración en legal forma, CREMIL estaba legitimada para liquidar la prestación conforme a la ley, en concordancia con la sentencia dictada el 2 de julio de 2016 en sede de tutela por la Sección Primera del Consejo de Estado.

Expresó que la literalidad del artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004 señalaba que la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales se llevaba a cabo sumando el 70% de la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad, de manera que el incumplimiento de sus obligaciones por parte de CREMIL daba lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandada apeló la decisión con base en los siguientes argumentos (ff. 118-191):

En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro, adujo que conforme al artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004 era claro que los soldados profesionales tienen derecho a que se les pague la asignación de retiro así:

'Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%)= 140%
Prima de Antigüedad = 38.5%

Asignación de retiro:

70% = (Sueldo Básico+ 38.50% de Prima de Antigüedad)'

Por lo anterior, consideró que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de la sumatoria del salario básico y el 38.5 % de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad.

Para soportar su posición, trajo a colación la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, Rad. No. 2012 00086-01, así como el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Respecto al fenómeno de la prescripción, refirió que conforme lo establece el artículo 43 del Decreto No. 4433 de 2004 la prescripción de mesadas es trienal y se cuenta a partir de la fecha en que los derechos se hicieron exigibles, por lo que pidió que en caso de que no se acojan sus planteamientos, se declare probada dicha excepción.

Finalmente, solicitó que se exonere a la accionada de la condena en costas en razón a que el artículo 365 de del CGP dispone que solo habrá lugar a ellas cuando en el expediente aparezcan causadas y comprobadas.

5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en la Audiencia de Conciliación de que trata el inciso 4° del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, llevada a cabo el 9 de marzo de 2017 (ff. 196-197) y fue admitido por esta Corporación mediante proveído del 27 de abril de 2017 (f. 205). Posteriormente, a través de auto del 14 de agosto de 2017 se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (f. 209).

5.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1.1. Parte demandante (ff. 211-219)

Reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso e hizo referencia a jurisprudencia del Consejo de Estado que sustentaba su tesis argumentativa.

5.1.2. Parte demandada

Guardó silencio.

5.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

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

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

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

i. *¿El demandante tiene derecho al reajuste de su sueldo en virtud de la aplicabilidad para su caso del inciso 2° del artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000?*

i. *¿Cómo debe ser entendida la fórmula de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, establecida en el artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004?*

ii. *¿En el presente caso, procedía la condena en costas impuesta a la entidad accionada en la primera instancia?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

2.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala confirmará la sentencia apelada en razón a que, conforme lo dilucidó el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación, los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales tienen derecho a que su sueldo básico sea el indicado en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000, es decir, 1 SMLMV incrementado en un 60%, lo cual implica que este concepto como partida computable de la asignación de retiro deba ser calculado en el mismo monto. Además, de conformidad con el precedente del órgano de cierre de esta jurisdicción, CREMIL se encuentra legitimada en la causa por pasiva para llevar a cabo la reliquidación en mención, aun cuando en actividad el soldado profesional no hubiera devengado el sueldo básico en legal forma.

De otro lado, el correcto entendimiento del artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004 supone sumar (i) el 70% de la asignación básica, entendida en los términos indicados en el párrafo precedentes, y (ii) el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ninguna otra deducción a esta última partida.

Finalmente, aun cuando el Consejo de Estado no mantiene una posición pacífica frente al criterio predominante para decidir sobre la condena en costas, esta Corporación ha acogido el objetivo-valorativo que implica dictarla contra la parte vencida siempre que se acredite su causación, teniendo en cuenta que se componen tanto de las expensas como de las agencias en derecho. Por ende, como en la primera instancia fue posible verificar que las costas se causaron, no resulta de recibo este cargo de la alzada y, adicionalmente, por la misma razón deben ser impuestas también en esta instancia.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales. Porcentajes de liquidación.

Mediante la Ley 131 de 1985 se dictaron normas sobre el servicio militar voluntario, disponiendo que el mismo podía ser prestado por aquellos que habiendo prestado el servicio militar obligatorio hubieren manifestado libremente su deseo de continuar en la institución y hubieran sido aceptados (art. 2°).

A su vez, el artículo 4 de la ley en mención indicó:

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

En virtud de ello, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto No. 1793 de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional del personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, que dispuso lo que sigue en cuanto a la asignación salarial y **el derecho a la prima de antigüedad** de los mismos:

> *"(...) ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*
>
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, **devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)**.*
>
> *ARTÍCULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%). (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Con posterioridad, el legislador expidió la Ley 923 de 2004, mediante la cual *"se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución*

Política", y en el numeral 2.1 de su artículo 2° se estableció como criterio el respeto a los derechos adquiridos conforme a las disposiciones anteriores a su entrada en vigencia. Asimismo, 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 referida norma, el Presidente de la República expidió el Decreto No. 4433 de 2004, "*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*", que en su Capítulo Primero reguló lo relacionado con la asignación de retiro, indicando en el artículo 13 las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

> "*(...) Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*
>
> *13.1 Oficiales y Suboficiales:*
> *(...)*
> *13.2 Soldados Profesionales:*
>
> ***13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.***
>
> *13.2.2* ***Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*** *(...)*" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De igual manera, en su artículo 16 se diferenció la asignación de retiro de los Soldados Profesionales de la del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, como a continuación se cita:

> "*(...) ARTÍCULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los* ***soldados profesionales*** *que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al* ***setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad****. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)*" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De la norma anterior se colige que para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales debe tenerse en cuenta tanto la asignación básica como la prima de antigüedad, determinándose como forma de liquidación para extraer el valor de la mesada que debe

pagarse el 70% del salario mensual, adicionado por el 38.5% de la prima de antigüedad.

Respecto a cómo debe interpretarse la forma en la que debe liquidarse la asignación de retiro de los Soldados Profesionales contemplada en el artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, el Consejo de Estado en sede de tutela expuso:

> *"(...) Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro,* ***a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad****. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación ',' que precede al verbo 'adicionado'.*
>
> *En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo* ***'contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica'****, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor,* ***implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé*** *y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital (...)"*[1] (Negrilla fuera del texto original)

3.2. De la jurisprudencia de unificación en materia de la asignación salarial de los soldados profesionales

Atendiendo lo establecido en el artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000, el Consejo de Estado, con el fin de dilucidar la cuantía del sueldo básico de los soldados profesionales, emitió sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016 dentro del Radicado CE-SUJ2 85001-3333-002-2013-00060-01, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la que precisó:

> *"(...) Reglas jurisprudenciales*
>
> *En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado* ***unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto****:*
>
> *Primero. De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,103 la asignación salarial mensual de los soldados profesionales* ***vinculados por vez primera****, a partir del 1° de enero*

[1] CE 4, 11 May. 2016, e11001-03-15-000-2016-00822-00, M. Briceño.

de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,104 ***la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,105 es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.*** *(...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Teniendo en cuenta el análisis de la sentencia de unificación, encuentra la Sala necesario adoptar el criterio jurisprudencial en cita, el cual se constituye en precedente y referente que armoniza la consecución y efectividad de los principios contenidos en el artículo 103 del CPACA. Así las cosas, en razón a que el salario básico devengado en actividad por los soldados voluntarios incorporados como profesionales corresponde a lo señalado en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000, la inclusión de este concepto como partida computable en la asignación de retiro de ese personal debe atender ese precepto y no lo enunciado en el inciso 1° del mismo.

Esto sin desconocer que de manera previa, mediante decisión del 2 de junio de 2016 en sede de tutela dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2015-03273-01, con ponencia de la Consejera MARÍA ELIZABETH GONZÁLEZ, se analizó la legitimación en la causa por pasiva en los procesos tramitados ante la jurisdicción respecto de los actos administrativos que denegaron la reliquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se convirtieron en soldados profesionales, pronunciamiento del cual se destacan los siguientes apartes:

"(...) ***es absolutamente evidente que CREMIL sí puede reliquidar la asignación de retiro en virtud de la aplicación del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, incluso si el Ministerio de Defensa Nacional no pagó o reconoció el derecho salarial contemplado en dicha norma en su debido momento*** *(...) no era procedente exigirle a los uniformados retirados del servicio activo que pretendían el reajuste de su asignación vitalicia en virtud de lo señalado en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, agotar el procedimiento administrativo ante el Ministerio de Defensa Nacional, pues bastaba con solicitarlo a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL y que ésta realizara los trámites internos pertinentes para el reconocimiento pretendido. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En virtud del pronunciamiento reseñado en precedencia es de recibo para la Sala acoger los planteamientos mediante los cuales prima la garantía efectiva del derecho sustancial y el amparo de la tutela del régimen de transición que protegió a los otrora soldados voluntarios, por lo que en asuntos en los cuales se **pretenda la reliquidación de la**

asignación de retiro de los soldados voluntarios incorporados como profesionales que se encuentran cobijados por lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000, **CREMIL sí está legitimada por pasiva** sin que sea necesario imponer más cargas al titular del derecho.

4. CASO CONCRETO

Del material probatorio obrante en el plenario es posible establecer que el señor MANUEL UMAÑA VARGAS prestó sus servicios a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL en los siguientes periodos (f. 32):

CATEGORÍA	TIEMPO SERVIDO	
	DESDE	HASTA
Servicio Militar Obligatorio	12-11-1992	30-06-1994
Soldado Voluntario	10-07-1994	31-10-2003
Soldado Profesional	01-11-2003	15-01-2014

En este orden de ideas, se encuentra que el demandante, después de prestar el servicio militar obligatorio, se vinculó a la entidad demandada en calidad de soldado voluntario bajo la vigencia de la Ley 131 de 1985, permaneciendo en dicha categoría hasta el 31 de octubre de 2003. Igualmente, se observa que a partir del 1° de noviembre de 2003, el accionante fue incorporado como soldado profesional y ocupó ese grado hasta el momento de su retiro, esto es, el 15 de enero de 2014.

Así las cosas, claramente puede extraerse que el actor a 31 de diciembre de 2000 estaba vinculado como soldado voluntario bajo el régimen de la Ley 131 de 1985 y, en ese sentido, había adquirido el derecho a percibir como asignación básica mensual el equivalente a un (1) SMLMV incrementado en un 60% una vez fue incorporado como soldado profesional, conforme lo dispone el inciso 2° del artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000 y fue dilucidado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado previamente citada. En consecuencia, el sueldo básico como partida computable de la asignación de retiro debía ser equivalente a ese mismo monto y no al indicado en el inciso 1° del artículo 1° del Decreto No. 1794 de 2000, que cobija al personal de soldados profesionales vinculados a partir del 1° de enero de 2000.

Sin embargo, como se expone en la Resolución No. 2349 del 14 de marzo de 2014 -por medio de la cual fue reconocida la asignación de retiro- (ff. 33-34), el sueldo básico como partida computable fue calculado para el caso del actor teniendo en cuenta 1 SMLMV incrementado en un 40%, **de**

modo que aquel vio disminuido este concepto, que integra la base de liquidación de su prestación, en un 20%.

Igualmente y al tenor de la jurisprudencia citada en el acápite correspondiente y que esta Sala comparte íntegramente, es claro que, conforme al artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, para determinar el monto de la asignación de retiro es necesario **tomar el 70% del salario mensual, el cual debe adicionarse con el 38.5% del 100% de lo percibido por concepto de prima de antigüedad.**

En ese sentido, se demostró que CREMIL, a través de la Resolución No. 2349 del 14 de marzo de 2014, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del demandante a partir del 15 de abril de 2014, así (f. 33 v.):

> *"(...) - En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2731 de Diciembre 30 de 2014) 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 (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (...)"*

Sin embargo, se destaca que en la Certificación de Partidas Computables expedida por la entidad accionada (f. 35) se especificó que la liquidación de la prestación obedecía al 70% de la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad, con lo cual se desconoció la ley, tal como lo manifestó el *a quo*.

En efecto, se advierte que no se discute que se esté dando aplicación al artículo 16 del Decreto No. 4433 de 2004, sino que la interpretación que realiza CREMIL sobre el mismo no se considera correcta, toda vez que de la lectura de dicha norma puede concluirse sin hesitación alguna que es solo al salario básico mensual al que se aplica el 70%, valor al que debe adicionarse el 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad.

En ese sentido, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad demandada implica que al monto reconocido por concepto de prima de antigüedad se le hace una doble reducción: la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma y, posteriormente, la del 70% que el precepto le asigna al salario básico mensual, lo cual va en contravía de la garantía de los derechos del actor. Además, no puede pasar inadvertido que, en caso de duda acerca del sentido de la disposición, ha de aplicarse la interpretación más favorable al trabajador, atendiendo lo dispuesto en el artículo 53 Superior.

Por lo tanto, la forma como debió haberse liquidado la asignación de retiro al demandante, conforme a lo establecido en el plurimencionado artículo 16 del Decreto No. 4433 del 2004, es la siguiente: **al salario básico mensual (1 SMLMV incrementado en un 60%) se le debe aplicar el porcentaje del 70%, y a este resultado se le debe sumar o adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad efectivamente devengada por el actor, resultando de dicha operación el monto que le corresponde al demandante como asignación de retiro**, tal como lo concluyó la Juez de primera instancia.

En ese orden de ideas, no resultan de recibo los argumentos de la alzada, ya que fue inadecuada la interpretación de la entidad accionada frente al monto de la asignación básica y la forma de liquidar la asignación de retiro -incluyendo la incidencia de lo anterior-. Adicionalmente, como la efectividad de la prestación se produjo el 15 de abril de 2014 (f. 33 v.), las reclamaciones fueron elevadas los días 6 y 9 de mayo del mismo año (ff. 24 y 27) y la demanda se interpuso el 15 de julio de 2015 (f. 23) queda claro que no operó el fenómeno de la caducidad, inclusive asumiendo la tesis de la accionada (prescripción trienal), que va en contravía de reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado acerca de la inaplicabilidad del artículo 43 del Decreto No. 4433 de 2004[2].

Por lo tanto, la sentencia apelada se confirmará.

5. DE LA CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo al artículo 361 del CGP, el concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el CPACA, gastos ordinarios del proceso[3] y otros como son los necesarios para el traslado de testigos y la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia (como peritos y secuestres), transporte del expediente al Superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, la noción de costas incluye las agencias en derecho, que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder al

[2] Ver, por ejemplo: CE 2A, 5 May. 2016, e25000-23-25-000-2011-00494-01(1640-12), W. Hernández.
[3] CPACA, Arts. 171-4.

mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado[4], los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el numeral 8° del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007[5].

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el seno del Consejo de Estado se han suscitado tres posiciones acerca del análisis que debe desarrollar el Juez al momento de decidir, en los términos del artículo 188 del CPACA, sobre la condena en costas. Al respecto, la Subsección C de la Sección Tercera (no de forma pacífica) ha indicado que es necesario efectuar un test de proporcionalidad que involucre la afectación al acceso a la Administración de Justicia (idoneidad), su grado de intensidad (necesidad) y su repercusión en términos de tasación de la aludida condena (proporcionalidad en estricto sentido)[6].

Por otra parte, la Subsección B de la Sección Segunda ha sostenido que la norma en comento no implica la condena de manera *"automática"* u *"objetiva"* frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello en consideración a que deben observarse una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debe ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis en el que el Juez debe evaluar las circunstancias para imponerla o no[7].

Finalmente, la Subsección A de la Sección Segunda acogió el criterio objetivo-valorativo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho), al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), con los siguientes argumentos:

> *"(...) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
>
> *a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio 'subjetivo' -CCA- a uno 'objetivo valorativo' -CPACA-.*
> *b) Se concluye que es 'objetivo' porque en toda sentencia se*

---

[4] Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999.
[5] Regula la norma como deber de los abogados, el de *"...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto"*.
[6] Ver, por ejemplo: CE 3C, 29 Ene. 2018, e25000233600020150040 5-02 (59179), J. Santofimio.
[7] Ver, por ejemplo: CE 2B, 9 Nov. 2017, e18001-23-33-000-2015-00214-01(1050-17), S. Ibarra.

'dispondrá' sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) *Sin embargo, **se le califica de 'valorativo' porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.** Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. **Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.***

d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*

e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (...)"*

Bajo el anterior contexto, la Sala ha acogido el criterio objetivo-valorativo en la condena en costas, debido a que se ciñe de forma más estricta a las disposiciones que regulan la materia. En este sentido, la aplicación del test de proporcionalidad se considera inadecuada en razón a que se emplea como instrumento de tasación, sin que de por medio se presente una tensión entre derechos o principios que requiera la realización de un examen sobre su coexistencia (o contraposición) y peso en situaciones concretas. Por otra parte, es clara la intención del legislador de abandonar el criterio subjetivo para efectos de decidir si se impone o no la condena, ya que no se dispuso la evaluación de aspectos como la temeridad o mala fe.

Lo anterior no implica que no deba verificarse que las costas se hayan causado, sino que no debe acudirse a elementos extraños a la regulación para determinar y, de ser el caso, cuantificar la suma por la que debe condenarse. Esto sin dejar de lado que, como se dijo, las costas están integradas por las expensas y las agencias en derecho y, mientras que la acreditación de las primeras se lleva a cabo valorando los gastos causados y quien los sufragó, las segundas se derivan de la actividad procesal de la parte vencedora.

Descendiendo al caso concreto, se observa que en la **primera instancia** se condenó en costas a la entidad accionada, lo cual resulta lógico en la

medida en que (i) fue vencida en el litigio, (ii) el accionante necesariamente incurrió en expensas para efectos de las notificaciones requeridas, y (iii) la parte actora mantuvo actividad procesal con la interposición de la demanda y su intervención en la Audiencia inicial, donde se dictó sentencia.

Asimismo, en la **segunda instancia** si bien es cierto no se causaron expensas a cargo de la parte actora, también lo es que (i) a la entidad demandada le fue resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, y (ii) el demandante tuvo actividad procesal al pronunciarse durante el traslado de alegatos de conclusión.

En suma, en el *sub lite* en criterio de la Sala no procede la revocatoria de la condena en costas dictada en primera instancia y, por otra parte, en esta instancia también debe condenarse a CREMIL al pago de las mismas. Por lo tanto, se fijan en el equivalente a **3 SMLDV** a cargo de la parte vencida. Las costas serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en Audiencia Inicial el 15 de diciembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la **parte demandada y a favor de la parte demandante**, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y el numeral 1° del artículo 365 del CGP. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente.

TERCERO: FIJAR como agencias en derecho el monto equivalente a **TRES (3) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES DIARIOS VIGENTES**, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo No. 1887 de 2013, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, según lo indicado en precedencia.

CUARTO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial *"Justicia Siglo XXI"*.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 20 de fecha 2 FEB 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DECISIÓN No. 1

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, 06 FEB 2018

REFERENCIAS

ACCIÓN POPULAR
DEMANDANTE: MARTÍN HERNÁN PÉREZ CUERVO Y OTROS
DEMANDADO: CORPOBOYACÁ, MUNICIPIO DE TUTA Y DIACO S.A.
RADICACIÓN: 150013331008**200900334-01**

==========

Ingresa el expediente al Despacho informando que el municipio de Tuta y la empresa Diaco S.A. presentaron solicitud de aclaración del fallo de segunda instancia emitido por esta Corporación el día 28 de noviembre de 2017.

I. ANTECEDENTES

1. El Sindicato Nacional de Trabajadores Metalúrgicos, Mecánicos, Metalmecánicos, Siderúrgicos, Mineros del Material Eléctrico y Electrónico - SINTRAMETAL (fol. 944-945), el 4 de diciembre de 2017, presentó escrito en el que manifestó lo siguiente:

Los miembros del Sindicato reconocieron que la empresa DIACO-GERDAU ha realizado altas inversiones en cuanto al manejo ambiental, así mismo, solicitaron la designación de otro equipo técnico de Corpoboyacá, diferente al que inicialmente realizó las investigaciones, en razón a que consideran que han sido subjetivos en sus pronunciamientos.

Así mismo, indicaron que el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá ha generado la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, derecho al trabajo en conexidad con el derecho a la vida.

Señalaron que el cierre de la empresa DIACO-GERSDA: "*trae consecuencias nefastas a 480 trabajos directos, a sus familias, y a personas que inclusive del sector donde se encuentra ubicada la empresa y de mismo municipios de Tuta, Duitama, Nobsa, Paipa, Tibasosa, Tunja, Cota, Tocancipa, Muña, Bogotá: que hacen parte de la cadena de valor de lo cual viven y mueven la economía del departamento de Boyacá y del país; lo cual ocasiona un desastre laboral y social*".

2. El apoderado de la empresa Diaco S.A., el 4 de diciembre del 2017, presentó solicitud de aclaración del fallo de segunda instancia (Fol. 946-950), expresando lo siguiente:

Respecto a la orden de suspensión establecida en el numeral primero del fallo de segunda instancia, para la empresa no resulta claro si dicha disposición involucra toda actividad productiva y comercial, o si la decisión se circunscribe únicamente a aquellas actividades industriales que requieren para su operación o desarrollo el uso y aprovechamiento de recursos naturales.

Además, en relación con el término para cumplir la orden, el apoderado de la empresa señaló que si bien es cierto el concepto implica prontitud y ausencia de tardanza, no se especifica un término o lapso definitivo en el cual deba acatarse la orden de suspensión. Advierte que la suspensión se tardaría en promedio 10 días en razón a que se debe apagar el horno eléctrico, enfriar los hornos a gas para recalentamiento de palanquillas, apagar sistema de calentamiento de ollas, des energizar el sistema y su subestaciones eléctricas de 115.000 voltios.

Indicó también que la actividad que requiere de permisos ambientales es la fase de producción únicamente, y no aquellas actividades de logística, despacho de producto terminado, recepción de materia prima, estas no realizan ningún tipo de aprovechamiento ambiental y tienen como finalidad cumplir con las obligaciones contractuales adquiridas por la empresa.

Advirtió que para realizar el apagado de los hornos se requiere un término de 10 días, igualmente, se necesitará un equipo de mantenimiento y control para los aparatos de hibernación, ya que estos trabajan con gases de alta presión y requieren de constante monitoreo de los hornos y control de depurador de humos.

Finalmente, solicitó a la Sala precisar que el requerimiento de permisos ambientales se encuentra satisfecho en la medida en que ya fue presentada la solicitud ante la autoridad ambiental. Así mismo, solicitó que se aclare si la ejecución de las órdenes impartidas en la sentencia proferida el 13 de junio de 2016, particularmente las adiciones realizadas en segunda instancia, competen en su totalidad al Juzgado de origen o al Tribunal.

3. El 5 de diciembre de 2017, apoderado judicial del Municipio de Tuta presentó solicitud de aclaración con fundamento en lo siguiente:

Señaló que no hay claridad si es el personero o el alcalde del municipio el que debe realizar el acta de constatación de cierre, además de que no se aclaró si el delegado de Corpoboyacá es quien debe adelantar la actuación, así como la citación de fecha y hora para llevar a cabo la diligencia.

Así mismo, indicó que genera duda el término de los tres (3 días), porque se desconoce si se debe contar a partir del acto de obediencia a lo resuelto por el superior, o si por el contrario los tres días se cuentan a partir de la ejecutoria, esto es sin que se requiera auto de obedézcase y cúmplase.

Ahora bien, en relación con la orden de informar al Juzgado el momento a partir del cual se suspende temporalmente las actividades de Diaco S.A., apoderado indicó que la entidad que expidió la Resolución No. 0295 de 1997 es la que debe conocer tales actividades, y las medidas que debe adoptar son precisamente a cargo de Corpoboyacá y no del ente territorial.

El apoderado del ente territorial manifestó que no existe claridad sobre el término otorgado para allegar el informe, así mismo, que no es claro si el Municipio de Tuta debe informar tanto de las actuaciones de DIACO como las de Corpoboyacá.

Señaló también que no es claro porqué se impone al Municipio de Tuta la misma obligación que debe cumplir Corpoboyacá, lo que genera duplicidad de competencias entre el municipio y la Corporación en relación con el seguimiento de las acciones que ejecuta DIACO S.A. Igualmente, que la Corporación es la entidad que tiene la competencia, capacidad técnica, financiera y el recurso humano para establecer el cumplimiento de las acciones a cargo de Diaco S.A.

Finalmente, para el apoderado de la entidad territorial no es claro si el informe debe elaborarse de manera conjunta con Corpoboyacá, en atención a que las actividades a cargo de DIACO deben ser vigiladas por la Corporación.

4. Finalmente, el 12 de diciembre de 2017 el apoderado de la empresa Diaco S.A. presentó solicitud de aclaración y adición de la sentencia de segunda instancia proferida el 28 de noviembre de 2017, fundamentada en lo siguiente:

En principio señaló que si bien la solicitud se presentó fuera de término, de conformidad con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado[1], al juez le es dable omitir dicho término cuando la solicitud esté encaminada a proteger derechos colectivos y al cumplimiento de una sentencia judicial.

Ahora bien, respecto a los aspectos a aclarar y complementar, en resumen, son los siguientes:

Modificación del sistema de tratamiento, recolección y manejo de aguas lluvias y aguas domésticas.

Respecto al plazo de nueve (9) meses otorgado en dicha orden, el apoderado de la empresa Diaco S.A. señaló que el mismo es insuficiente e imposible de cumplir. En razón a ello, señaló que el término necesario es de dieciocho (18) meses teniendo en cuenta que para ello se deben realizar una serie de actividades que requieren más tiempo.

Labores de limpieza, mejoramiento y mantenimiento de seis unidades de pozos sépticos para la recolección de aguas residuales:

Al respecto, el apoderado aclaró que la planta cuenta con un plan de limpiezas y mantenimiento de pozos sépticos por medio de vactor, incluyendo disposición final de lodos en lugar debidamente certificado para ello. Conforme a lo expuesto, solicita se adicione la sentencia referida en el sentido de que, *su ejecución se condicione a que en la actualidad no se están realizando labores de limpieza.*

Plan de manejo, tratamiento, y disposición de escorias.

Señaló que esta actividad se viene realizando desde el año 2009 a través de la planta Tuta, para ello tiene instalada una planta que realiza el procesamiento de escorias. Así mismo, desde diciembre de 2015 se instaló un proceso de clasificación y des metalización. En razón a ello, solicita se complemente dicha orden en el sentido de indicar que, como quiera que la empresa ya cuenta con el plan de manejo, se ordene al comité de verificación y a Corpoboyacá la presentación del informe sobre dicho plan.

---

[1] *Consejo de Estado Sección Primera – 6 de noviembre de 2006. Exp. 2010-00116. C.P. Guillermo Vargas Ayala.*
C.E. Sección Primera auto del 18 de septiembre de 2014 Ap. 2001-90479 C.P. Marco Antonio Velilla Moreno

Plan de manejo y disposición de materias primas

Señaló que la orden relacionada con materias primas se encuentra cumplida, toda vez que, la afectación al suelo se encuentra controlado través de la pavimentación de las áreas en donde esta se almacena. En virtud de lo anterior, solicita se complemente la orden judicial relacionada, en el sentido de que *Diaco ya ha realizado las actuaciones requeridas y que dicha orden se limite a ordenar Al comité de verificación, rendir el informe correspondiente.*

Proyecto de recuperación del área forestal.

Al respecto, señaló que para la realización de la reforestación en la ronda del rio aledaña a los límites de la planta y en las zonas de los jarillones, se requiere un plazo razonable, con el fin de presentar un plan de recuperación forestal. El apoderado sugiere que se amplíe el término a tres (3) meses.

Pago por las tasas de aprovechamiento del recurso hídrico y vertimientos.

Señala que teniendo en cuenta que la empresa ha venido realizando en debida forma el pago de las tasas de aprovechamiento, se ordene a Corpoboyacá no incurrir en un doble cobro a la empresa.

II. CONSIDERACIONES

La Sala no accederá a las solicitudes de aclaración y adición presentadas por los apoderados del municipio de Tuta y la empresa Diaco S.A., toda vez que en la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia dictada el 28 de noviembre de 2017, no existen conceptos o frases ambiguos o que susciten alguna duda, ni se omitió resolver sobre cualquiera de los extremos de la Litis o sobre cualquier otro punto que debiera ser objeto de pronunciamiento.

1. Procedencia de la aclaración de providencias.

El artículo 285 del Código General del Proceso señala:

> ""***ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN.*** *La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella.*

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración."

La aclaración de providencias judiciales es un instrumento procesal por medio del cual es posible que el juez corrija los conceptos o frases vagas, ambiguas, confusas que ofrezcan verdadero motivo de duda, contenidos en la parte resolutiva de la decisión.

Ahora bien, la aclaración de providencias de oficio o a petición de parte, se presenta por vía excepcional cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- Cuando la solicitud de aclaración se presenta dentro de la ejecutoria de la providencia y por una parte que tenga interés en el asunto.
- Cuando la solicitud de aclaración se presenta con fundamento en frases o conceptos que sugieren duda, que son ambiguos o confusos.
- Tales frases o conceptos deben estar en la parte resolutiva o en su cuerpo, siempre y cuando influyan directamente.

Por su parte, el artículo 287 del CGP señaló que *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.*

2. Análisis de las solicitudes de aclaración y adición.

El apoderado de Diaco S.A. inicialmente manifestó que no es claro si la orden de suspensión se refiere únicamente a aquellas actividades industriales que requieren para su operación o desarrollo el uso y aprovechamiento de recursos naturales, es decir, la fase de producción únicamente, y no aquellas actividades de logística, despacho de producto terminado y recepción de materia prima, pues estas no realizan ningún tipo de aprovechamiento ambiental y tienen como

finalidad cumplir con las obligaciones contractuales adquiridas por la empresa.

La Sala advierte que no existe ningún concepto dudoso al respecto, ya que la orden de suspensión se impuso sobre toda la actividad industrial de la empresa, la cual comprende la fase de producción, así como, el despacho y la recepción de materia prima, ya que, estas últimas tienen directa relación con las afectaciones que se están causando actualmente al suelo debido al defectuoso trabajo de almacenamiento de materia prima y de residuos.

No son de recibo los señalamientos de la empresa respecto a que en las actividades de despacho y recepción de materia prima no se realiza el uso y aprovechamiento de recursos naturales, pues tal como se advirtió en el fallo de segunda instancia, para el transporte de dicho material se practica lavado de vehículos, es decir, el consumo de agua, y el depósito de esta materia afecta directamente los suelos, ya que no existe un sistema de almacenamiento adecuado ni manejo de aguas residuales y domésticas. En virtud de lo anterior, se concluye que el despacho y recepción de materia prima también están contempladas dentro de toda la actividad industrial pues estas realizan aprovechamiento de recursos naturales y sobre estas también opera la orden de suspensión temporal.

En este punto, es necesario aclarar que la orden contenida en el numeral primero de la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación, va encaminada a suspender todas las actividades de tipo industrial –que fueron ya referenciadas-, y no aquellas que tienen relación con los servicios generales, el área administrativa y contable, el área financiera y jurídica etc., razón por la cual, estas últimas no tienen restricción alguna ni se encuentran contenidas en la orden de suspensión.

Ahora bien, en relación con el plazo impuesto para cumplir la orden de suspensión, según el apoderado de la empresa se tardaría un término promedio de 10 días, así mismo, para ejecutar la orden se requiere de mantenimiento y control para los equipos de hibernación, ya que estos trabajan con gases de alta presión y necesitan constante monitoreo de los hornos y control de depurador de humos.

Al respecto, se observa que el término otorgado para la suspensión de las actividades industriales es claro, pues en la sentencia del 28 de noviembre de 2017 se impuso como plazo máximo para el cumplimento de la orden, tres (3) días siguientes a partir de la ejecutoria de la providencia mencionada. Es evidente que desde el momento de la notificación del fallo han transcurrido ya varias semanas, dentro de los cuales, la empresa debió iniciar las gestiones necesarias para proceder al cumplimiento de la orden referida, razón por la cual, no es admisible

que a través de la solicitud de aclaración se pretenda modificar una de las ordenes impuestas o ampliar el término ya otorgado.

Es necesario recordar que la empresa está en la obligación de realizar todas las gestiones de seguridad necesarias para cumplir con la orden de suspensión temporal. Para llevar a cabo la orden impuesta se requiere de un procedimiento que le concierne únicamente a la empresa, la cual posee toda la información necesaria para garantizar la seguridad de los trabajadores y de los habitantes del sector.

El apoderado de la empresa solicita que se precise que el requerimiento de permisos ambientales se encuentra satisfecho en la medida en que ya fue presentada la solicitud ante la autoridad ambiental. Dicho aspecto a aclarar no resulta relevante en el sentido que la orden de suspensión quedará vigente hasta tanto se expidan los permisos de vertimientos, emisiones y concesión de aguas, y no al momento de iniciar dicho trámite. En este punto es necesario advertir al apoderado de DIACO S.A. que la verificación de cumplimiento de la sentencia estará a cargo del Juez de Primera Instancia, pero deberá ser la misma empresa la que realice las gestiones pertinentes para demostrar que ha obtenido los instrumentos ambientales necesarios para levantar la orden de suspensión.

Por otra parte, sobre los aspectos susceptibles de aclaración propuestos por el apoderado del municipio de Tuta, la Sala encuentra que los mismos no poseen fundamento alguno, ya que las ordenes relacionadas en la parte resolutiva del fallo de segunda instancia son lo suficientemente claras para deducir que debe ser el Alcalde y el Personero del municipio en conjunto con un funcionario de Corpoboyacá, quienes constaten el cumplimiento de la orden de suspensión de las actividades industriales de Diaco S.A. Para ello deberá actuarse de manera conjunta acordando el procedimiento y la forma en que se realizará el acta de la diligencia, la cual se deberá radicar dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, sin que la Sala deba aclararle al abogado la interpretación o el significado del término de ejecutoria, pues el mismo está claramente contemplado en la norma.

El apoderado del municipio de Tuta pretende que esta Corporación le indique el procedimiento a seguir para cumplir la orden referida, sin embargo, lo dispuesto en la parte resolutiva del fallo de segunda instancia le indica claramente que la verificación de cumplimiento de la orden de suspensión deberá realizarse de manera conjunta con Corpoboyacá. En este sentido, la Sala conminará al municipio de Tuta para que dé cumplimiento a las órdenes impuestas sin dilatar los procedimientos que debe realizar con Corpoboyacá.

Para hacer referencia a la inconformidad planteada por el Sindicato Nacional de Trabajadores Metalúrgicos, Mecánicos, Metalmecánicos, Siderúrgicos, Mineros del Material Eléctrico y Electrónico – SINTRAMETAL, la Sala dirá lo siguiente:

La decisión de suspender las actividades industriales de Diaco S.A. tuvo como único fundamento el incumplimiento grave de las obligaciones ambientales de la empresa, el cual fue demostrado en el fallo de primera instancia emitido por el Juzgado Octavo Administrativo de Tunja y en la sentencia de segunda instancia emitida por esta Corporación. En virtud de lo anterior, para esta Corporación es necesario señalar que el objeto de la suspensión tiene como único fin prevenir que se continúe amenazando el medio ambiente, y coaccionar a la empresa a cumplir con las normas ambientales y a realizar un manejo ambiental acorde con la actividad que realiza.

A juicio de la Sala, no se debe deducir que debido a la decisión emitida en la providencia del 28 de noviembre de 2017 se afectará el mínimo vital y el derecho al trabajo de quienes se encuentran vinculados a Diaco S.A., pues, la eventual vulneración a dichos derechos se deberá a una decisión unilateral y voluntaria de la empresa, teniendo en cuenta que el incumplimiento a las normas de carácter ambiental no puede tener repercusiones de tipo laboral.

Así las cosas, para la Sala es necesario aclarar que la ocurrencia de una posible afectación a los derechos laborales de los empleados de Diaco S.A. tendría como causa única y directa la decisión unilateral de la misma empresa, y no el ejercicio legítimo del poder jurisdiccional que ejerce esta Corporación.

Finalmente, respecto al memorial de aclaración y adición presentado por el apoderado de la empresa Diaco S.A., se realizarán las siguientes precisiones:

El Código General del Proceso en sus artículos 285 y 287 estableció la procedencia de las solicitudes de aclaración y adición. Para la primera de ellas, indicó que *"la sentencia **no es revocable ni reformable** por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella".*

Frente a la segunda, señaló que *"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".

Ahora bien, al analizar la solicitud de adición y aclaración presentada por la empresa Diaco S.A., la Sala encuentra que la misma está encaminada *i.* a solicitar la ampliación del término para ejecutar las ordenes relacionadas con el tratamiento, recolección y manejo de aguas lluvias y domésticas, y el proyecto de recuperación del área forestal; y iii. a demostrar mediante nuevas pruebas el cumplimiento de algunas órdenes impartidas en relación con el mantenimiento de los pozos sépticos, manejo y disposición de escorias y de materias primas.

Sobre la ampliación de los términos para cumplir las órdenes relacionadas con el manejo de aguas y la recuperación forestal, se debe aclarar que el plazo otorgado a la empresa hace parte integral de la sentencia referida, razón por la cual, en esta instancia es imposible su reforma o modificación, pues ello, conllevaría a estudiar de fondo nuevamente el asunto. Así mismo, la Sala encuentra que el plazo de nueve (9) meses para modificar el sistema de tratamiento y manejo de aguas lluvias y residuales domésticas, es razonable teniendo en cuenta que la empresa no posee un manejo de aguas residuales y domésticas, lo cual atenta directamente contra los derechos colectivos.

De igual manera, respecto al término otorgado para la recuperación del área forestal, la Sala advierte que el mismo se estableció para iniciar las labores y aportar el cronograma de actividades, y no, para culminar con dicha obligación, razón por la cual, el término otorgado para dicho asunto es claramente razonable.

La razonabilidad de los plazos otorgados a Diaco S.A. para el cumplimiento de las órdenes impuestas fue producto de un estudio de ponderación realizado por esta Sala respecto a los derechos colectivos que se encontraban en peligro de vulneración y la urgencia que se requerían para ser protegidos.

Así mismo, es necesario aclarar que los plazos impuestos resultan proporcionados teniendo en cuenta la naturaleza de la empresa titular de las obligaciones, pues, no resulta equiparable imponer el mismo término a una entidad de carácter público que a una de carácter privado, en el entendido que aquella si posee restricciones y limitaciones legales relacionadas con la ejecución de obras, razón por la cual le sería imposible dar cumplimiento a los plazos otorgados sin quebrantar las normas a las que se encuentra ligada. Esto permite concluir que una empresa de carácter privado posee mayor autonomía legal, financiera y administrativa para llevar a cabo el cumplimiento de las órdenes impuestas durante los plazos otorgados.

Igualmente, por la naturaleza de las actividades industriales que ejerce la empresa Diaco S.A. es dable concluir que la misma posee los conocimientos técnicos, científicos y logísticos necesarios y le es más factible llevar a cabo de manera eficiente las ordenes impuestas en los plazos indicados, razón por la cual, no es dable alegar la imposibilidad de llevar a cabo las obligaciones y los proyectos impuestos en la sentencia de segunda instancia.

La Sala no se pronunciará respecto a las tasas de aprovechamiento del recurso hídrico, teniendo en cuenta que en el presente asunto no se demostró que Diaco S.A. hubiere cumplido con dicha obligación, más aún cuando en el expediente se probó que la empresa captó ilegalmente las aguas del Rio Chicamocha y realizó vertimientos ilícitos a la misma fuente hídrica, por más de 15 años. Además, resulta evidente que si existió pago de dichos montos, Corpoboyacá no podrá exigir nuevamente la cancelación de dichos valores.

Es necesario indicar que la sentencia de segunda instancia ya referida se notificó el 30 de noviembre de 2017, momento a partir del cual a la empresa Diaco S.A. le era posible iniciar los trámites necesarios para cumplimiento de las órdenes impartidas. En virtud de lo anterior, no es dable argumentar que los plazos otorgados no son suficientes para dar cumplimiento a las órdenes impartidas, ya que, la empresa ha tenido suficiente tiempo para iniciar las obras correspondientes.

Igualmente, se debe señalar que el material probatorio allegado con el escrito de aclaración se analizará con fines de verificación de cumplimiento y este deberá presentarse igualmente ante el comité de verificación para que este realice y presente los respectivos informes ante el Juez de Primera Instancia. Resulta necesario indicar que la aclaración solicitada por el apoderado de Diaco no es procedente, toda vez que, las ordenes de la sentencia de segunda instancia se impartieron con fundamento en las pruebas allegadas oportunamente al proceso, y en esta instancia, no es viable intentar controvertir las decisiones emitidas en la sentencia judicial referida.

Finalmente, la Sala de oficio procederá a corregir la expresión *"bimensual"* contenida en la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia teniendo en cuenta el término correcto para dichas ordenes es *"bimestral"*. En este sentido, se indicará que los informes solicitados en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 de la parte resolutiva de la sentencia emitida el 28 de noviembre de 2017 se deberán presentar cada dos meses.

Conforme a lo expuesto, la Sala negará las demás solicitudes de aclaración presentadas por los apoderados del municipio de Tuta y la empresa Diaco S.A., toda vez que en la parte resolutiva de la sentencia

de segunda instancia dictada el 28 de noviembre de 2017, no existen conceptos o frases ambiguos o que susciten alguna duda.

De conformidad con el inciso final del artículo 285 del CGP, contra el auto que resuelva sobre la aclaración no proceden recursos.

En mérito de lo expuesto, la Sala No. 1 de esta Corporación,

III. RESUELVE

PRIMERO. ACLARAR que la orden de suspensión contenida en el numeral primero de la sentencia del 28 de noviembre de 2017 se relaciona únicamente con las actividades industriales de la empresa Diaco S.A., conforme quedó expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. CORREGIR los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 de la parte resolutiva de la sentencia emitida el 28 de noviembre de 2017, en el entendido que los informes solicitados se deberán presentar cada dos meses, es decir, bimestralmente.

TERCERO. NEGAR las demás solicitudes de aclaración del fallo emitido el 28 de noviembre de 2017, presentadas por los apoderados del municipio de Tuta (fls. 951-953) y la empresa Diaco S.A. (Fol. 946-950), teniendo en cuenta que no se advirtieron conceptos o frases ambiguos o que suscitaran duda.

CUARTO. ACEPTAR la renuncia al poder presentada por el abogado Iván Andrés Páez Páez como apoderado de la empresa Diaco S.A.

QUINTO. RECONOCER personería jurídica para actuar al abogado Guillermo Vargas Ayala identificado con Cédula de Ciudadanía 19123491 y T.P. 18272, para actuar en representación de la empresa Diaco S.A.

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en la Sala de Decisión No. 1 según consta en acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
La anterior providencia se notificó por estado
20 de hoy 08 FEB 2018
SECRETARIO

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

- 6 FEB. 2018

ACCIONANTE:	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
ACCIONADO:	MOVIMIENTO DE TIERRAS, VÍAS Y CONSTRUCCIONES SA y otros
REFERENCIA:	150013333010201300108-01
MEDIO DE CONTROL:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Ingresa el expediente al Despacho para proveer sobre la solicitud de corrección de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2016 en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por solicitud de la parte demandante, previo los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. De la sentencia objeto de corrección.

Mediante providencia del 24 de noviembre de 2016 (fl. 286-298) esta Corporación resolvió recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia el 19 de diciembre de 2014 por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, modificando su numeral cuarto en el siguiente sentido:

> *"**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral 4 de la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2014, por el Juzgado Décimo Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a las pretensiones, de la siguiente manera:*
>
> *"4. En consecuencia de lo anterior se ordena al consorcio UM-18 integrado por las sociedades MOVIMIENTO DE TIERRAS, VIAS Y CONSTRUCCIONES MOVICON SA EN **RECONSTRUCCIÓN** Y UNIDAD DE NEGOCIOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADAS UNEG S.A.S, a restituir en favor del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS la suma de $ 111.077.487 millones de pesos, pagados demás por dicho instituto al consorcio UM -18 en virtud de la ejecución del contrato de obra No.*

*402 del 5 de agosto de **2011**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia."(negrilla fuera de texto).*

2. Fundamento de la Solicitud.

La apoderada de la parte actora expone en su solicitud que en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2016 quedó incorrectamente denominada una de las demandadas y el año de celebración del contrato referido.

Conforme a lo anterior y en virtud del artículo 286 del CGP, requiere se proceda a la corrección mecanográfica en que se incurrió, esto es, que una parte integrante del consorcio UM -18 es, MOVIMIENTO DE TIERRA, VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. MOVICON S.A EN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN, y el contrato de obra corresponde al Número 402 del cinco (5) de agosto de 2010(fl. 313-314).

II. CONSIDERACIONES

1. De su procedencia.

La apoderada de la parte demandante funda su petición en el artículo 286 del Código Contencioso Administrativo, que reza:

> ***"Artículo 286. Corrección de errores aritméticos y otros.** Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.*
>
> *Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.*
>
> *Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o influyan en ella."*

Al respecto, lo primero que debe resaltar la Sala es que los fallos judiciales son intangibles e inmutables por el mismo juez que los dictó, lo cual tiene fundamento en el valor fundamental constitucional de conservar la seguridad jurídica de las decisiones jurisdiccionales. Por esta circunstancia solamente en casos especiales determinados por la ley las sentencias judiciales pueden aclararse, **corregirse** o adicionarse.

En el caso concreto, el ordenamiento procesal ha establecido unos requisitos de oportunidad y procedencia para que proceda la

corrección de sentencia. Respecto de lo primero, se hará en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte; en cuanto a lo segundo, solo será cuando hayan incurrido errores puramente aritméticos o por **errores por omisión o cambio de palabra o alteración de estas**.

De conformidad con lo solicitado por la apoderada de la parte demandante, se considera que es procedente la corrección de las palabras que quedaron equivocadamente referidas de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2016, por cuanto se trata de errores que obedece a cuestiones meramente gramaticales, que no ameritan igualmente controversia con el fondo debatido.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: CORREGIR el numeral primero de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2016, en el entendido que la entidad demandada integrante del consorcio UM-18, es MOVIMIENTO DE TIERRA, VÍAS Y CONSTRUCCIONES SA MOVICON SA EN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN y que el contrato de obra referido corresponde al número 402 del cinco (5) de agosto de 2010.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, devuélvase al despacho de origen, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 20 de hoy 3 0 AGO 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

DESPACHO NO. 03 DE ORALIDAD

Tunja, 07 FEB 2018

Magistrado Sustanciador: **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

EXPEDIENTE No.	:	15001333301020140021 5-01
DEMANDANTE	:	HECTOR FABIO OSPINA VELASQUEZ
DEMANDADO	:	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP
ASUNTO	:	EJECUTIVO

Ingresa el expediente de la referencia con informe secretarial visible a folio 212 del cuaderno principal, para decidir lo que en derecho corresponda.

Visto el expediente, el Despacho advierte que se han surtido de forma completa y adecuada las actuaciones del proceso de la referencia, correspondiendo continuar con la etapa procesal descrita en el artículo 327 del CGP, esto es la audiencia de sustentación y fallo.

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

Se recuerda a los interesados que la concurrencia de los apoderados de las partes procesales es obligatoria, que su ausencia no impedirá el desarrollo de la audiencia y por el contrario sí acarreará sanciones pecuniarias y procesales.

En mérito de lo anterior, el Despacho

R E S U E L V E:

PRIMERO: **FÍJASE FECHA Y HORA** para llevar a cabo la audiencia consagrada en el artículo 327 de CGP, en el asunto de la referencia, día

martes veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018) a las dos y treinta de la tarde (2:30 PM) en las Salas de Audiencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, ubicadas en el quinto piso del Palacio de Justicia de Tunja de la Carrera 9 No. 20-62, según las previsiones efectuadas en la parte motiva de la providencia.

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

Notifíquese y cúmplase

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

lmg

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 20 de hoy, 08 FEB 2018
EL SECRETARIO

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 6 FEB. 2018

DEMANDANTE:	HÉCTOR ANDRÉS FONSECA FONSECA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
REFERENCIA:	15001333301020150018601
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN- INPEC
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el diecisiete (17) de enero de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

El señor **HÉCTOR ANDRÉS FONSECA**, a través de apoderado judicial, instauró medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el objeto de que se hagan las siguientes:

1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 4-5)

Que se declare la nulidad parcial de la **Resolución No. GNR 359708 del 17 de diciembre de 2013**, mediante la cual **COLPENSIONES**, reconoció parcialmente la pensión mensual vitalicia de vejez del actor, la nulidad absoluta de la **Resolución GNR 20530 del 30 de enero de 2015** que denegó la reliquidación de la pensión anteriormente reconocida, y la nulidad parcial de la **Resolución No. VBP 61172 del 14 de septiembre de 2015**, que reliquidó parcialmente la pensión mensual vitalicia de vejez.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que **i)** se condene a la entidad demandada a reliquidar

la pensión de jubilación del actor, por nuevos factores salariales a partir del 1 de febrero de 2013, día siguiente al retiro del servicio, ii) se condene al pago de intereses moratorios y la indexación a que haya lugar, **iii)** se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar sobre las sumas adeudadas al actor, los ajustes del valor de dichas sumas, conforme al IP, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA; **iv)** que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento de conformidad con lo previsto en los artículos 189 y 192 del CPACA y **v)** se condene en costas a la demandada.

1.1.2. Fundamentos Fácticos (fls. 2-4)

El apoderado de la demandante, indicó en resumen los siguientes hechos:

Adujo que el actor laboró al servicio del Ministerio de Justicia y del Derecho – INPEC- desde el 1 de enero de 1992 hasta el 31 de enero de 2013, para un total de tiempo de servicios de 21 años, y 31 días. Que nació el 20 de junio de 1967 y por tanto, que adquirió su status de pensionado el 17 (sic) de febrero de 2012.

Comentó que fue pensionado mediante Resolución GNR 359708 del 17 de diciembre de 2013, en cuantía de $ 1.080.125, sin que se tuvieran en cuenta los factores salariales a que tiene derecho a partir del 1 de febrero de 2013.

Que por petición radicada el 17 de julio de 2017, se solicitó la reliquidación pensional por nuevos factores salariales en los términos de la Ley 4 de 1966 y el Decreto 1045 de 1978, incorporando como factor base de liquidación además de los ya reconocidos, la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de riesgo, prima de seguridad, unidad familiar, subsidio de alimentación, subsidio de transporte.

Aseveró que mediante Resolución GNR 20530 del 30 de enero de 2015 se le negó la reliquidación con el argumento que en la documental no se tenía certeza acerca de los factores que debían tenerse en cuenta dentro del último año de servicios. Que se interpuso recurso de apelación y con Resolución VBP 61172 del 14 de septiembre de 2015 se revocó la decisión anterior y se reliquidó la pensión en cuantía de $ 1.088.310 efectiva a partir del 13 de febrero de 2013.

1.1.3. Normas Violadas y concepto de violación (fls. 5-13)

Consideró como preceptos normativos violados la Ley 32 de 1986, el Decreto 407 de 1994, la Ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1996 y el Decreto 1045 de 1978.

Consideró en resumen que las causales de nulidad son la infracción de las normas en que debía fundarse y la falsa motivación, pretendiendo dar aplicación a la Ley 100 de 1993, desconociendo el régimen especial que le cobija.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 57-69)

La apoderada judicial de la entidad demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que los actos administrativos demandados fueron proferidos en derecho.

Luego de referenciar las normas aplicables para el reconocimiento pensional del actor y la jurisprudencia que en su parecer se utiliza para el efecto, propuso como excepciones las denominadas "falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario", "inexistencia del derecho y la obligación", "improcedencia de los intereses moratorios", "improcedencia de indexación", "cobro de lo debido", "buena fe de Colpensiones", "prescripción" y "compensación – deducción de pagos realizados conforme al artículo 442 del CGP".

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el 17 de enero de 2017, resolvió (fls. 87-91):

> ***"Niéguense** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
> ***(...)"***

Para adoptar dicha determinación, el juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre el régimen jurídico aplicable a los empleados de cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, así como las posiciones jurisprudencial que sobre el tema se ha emitido, para concluir que para poder acceder a los beneficios establecidos en el Decreto 2090 de 2003, en el sentido de aplicar a los trabajadores que realizan actividades de alto riesgo las normas que los cobijan de forma precedente, como lo es el INPEC (ley 32 de 1986 y decreto 407 de 1994), es indispensable que cumpla las condiciones de la transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para el caso concreto apreció que el actor para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994, no cumplía con ninguno de los requisitos establecidos en el régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibídem*, pues nació el 20 de junio de 1967 y empezó a laborar el 1 de enero de 1992, de tal suerte que para la fecha

en cuestión tenía poco menos de 27 años de edad y acumulaba tan solo 2 años y 4 meses de servicio.

Que en ese orden de ideas, el derecho pensional del demandante debió definirse por las disposiciones del artículo 4 del Decreto 2090 de 2003, y por tanto, sus pretensiones no están llamadas a prosperar.

De otra parte, se dejó en claro que el actor no podría haber accedido al derecho pensional antes de la edad de 55 años o en todo caso antes de los 50 años, como lo dispone el artículo 4 del Decreto 2090 de 2003 y su parágrafo si es que acredita la reducción allí exigida, por tanto, que la determinación adoptada en la actuación censurada, Resolución GNR-359708 del 17 de diciembre de 2013, se ofrece irregular, ya que para esta fecha aunque el demandante cumplía las cotizaciones mínimas tan solo tenía 46 años.

Por último, se condenó en costas bajo el criterio objetivo valorativo, pues Colpensiones han tenido que incurrir en gastos de defensa judicial, tanto en recursos físicos como en la contratación de apoderados para la adecuada defensa de sus intereses, y por ende, la agencias en derecho se impone en la proporción del 1% de la cuantía que sirvió para determinar la competencia.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Expuso que el artículo 48 de la Constitución Política en su parágrafo transitorio 5° consagra que: "... *A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.*"

Que conforme a la disposición anterior, los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, que hayan ingresado con anterioridad al **26 de julio de 2003**, están exceptuados del régimen pensional general de que trata la Ley 100 de 1993 por gozar de un régimen especial consagrado en la **Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994.**

Menciono que el juzgador de instancia incurre en grave incongruencia en la sentencia emitida, por cuanto de conformidad con la fundamentación expuesta, se entendería que se está negando el reconocimiento de la pensión de jubilación, cuando de conformidad con las prestaciones presentadas, lo que se busca es la reliquidación de la pensión con la

incorporación de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

De otro lado, sostuvo que ni la Ley 32 de 1986, ni el Decreto 407 de 1994 hacen mención a qué sucede cuando el empleado oficial no ha hecho aportes sobre determinados factores consagrados en la ley, por tal razón, señaló la providencia del Consejo de Estado del 30 de septiembre de 1993 y de la Corte Constitucional la Sentencia T-789 de 2003, para concluir que al momento de su reconocimiento se deben hacer los descuentos correspondientes.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en auto del 9 de febrero de 2017 por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fls. 110), y admitido por esta Corporación mediante proveído de 9 de marzo de 2017 (fl. 115). A través de auto de 28 de marzo de 2017, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 119).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora guardó silencio

2.1.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad accionada guardó silencio

3. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO (fls. 121-125)

El Agente del Ministerio público emitió concepto luego de plasmar los antecedentes del *sub lite*, señalando que para dar aplicación al régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994 debía acreditarse una de las condiciones descritas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y como quiera que el actor, no acreditó ninguno de los requisitos allí previstos, no es posible acceder a sus pretensiones.

En razón a lo antes expuesto, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. CONTROL DE LEGALIDAD

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 17 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, corresponde a la Sala establecer *¿si es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del señor HÉCTOR ANDRÉS FONSECA, con inclusión de la totalidad de los factores devengados en el año de adquisición del status pensional, acorde a la aplicación del régimen especial de los empleados del INPEC, establecido en la Ley 32 de 1986 y Decreto 407 de 1994?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

- **Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

  La Sala revocará la Sentencia de Primera Instancia, pues contrario a lo analizado por el a quo, el actor por ser un funcionario perteneciente al cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC y que ejercía actividades previstas en la Ley como de alto riesgo, se encuentra inmerso en la enmienda constitucional prevista en el parágrafo 5 del artículo 1 del Acto Legislativo No. 01 de 2005, que garantizó que los empleados vinculados a dicha entidad con anterioridad al 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, tendrían derecho a que les aplicasen las normas contenidas en la Ley 32 de 1986.

  Ahora bien, dado que ni la Ley 32 de 1986, ni el Decreto 407 de 1994, contemplan los factores a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de vejez y que ante este vacío, en acato al artículo 114 de la ley 32 que nos remite a las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, que para el caso, son la Ley 4 de 1966 y el Decreto 1045 de 1978, serán dichas normas que consagran como factores salariales para liquidar la pensión los factores devengados por el actor en el último año de servicio.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. RÉGIMEN PENSIONAL DEL INPEC

La recopilación normativa constitucional y legal que permite el reconocimiento y la reliquidación pensional del personal de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, es el siguiente[1]:

La **Ley 32 de 3 de febrero 1986**, adoptó el *"Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia"*, estableciendo en su artículo 1° las materias que regulan dicha ley, incluyendo el régimen prestacional de dicho personal; de igual manera en su artículo 96 se consagró:

> *"[...] Artículo 96. Pensión de jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad [...].*

Por su parte, el artículo 114 *ibídem* dispuso:

> *"[...] Artículo 114. Normas subsidiarias.* ***En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales*** *[...]. (resaltado de la Sala)*

A su turno, fue expedido el **Decreto 407 de febrero 20 de 1994**[2], *"por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario"*. El artículo 168 de dicho decreto determinó, lo siguiente:

> *"[...] ARTICULO 168. PENSION DE JUBILACION. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional,* ***que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando*** *sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC,* ***tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos.***
>
> *Con relación a los puntos porcentuales de cotización, serán determinados por el Gobierno Nacional.*
>
> *PARAGRAFO 1°.* ***Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.***

[1] Tomado de CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ., veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017)Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01476-00(AC)

[2] El Decreto el 407 de 1994 entró en vigencia el 21 de febrero de 1994 (Diario Oficial No. 41.233)

PARAGRAFO 2°. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993[...]". (resaltado de la Sala)

En este sentido puede indicarse que el Decreto 407 de 1994, que entró en vigencia el 21 de febrero de 1994, fue expedido en el entendido de que regiría la Ley 100, la cual entró en vigencia el 1 de abril de 1994, como se puede observar del parágrafo 1° del artículo 168 del mencionado decreto, que indica claramente que "***Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo***"

Así, el **artículo 140 de la Ley 100 de 1993**, por su parte, estableció:

"[...] ***Actividades de alto riesgo de los servidores públicos.*** *De conformidad con la Ley 4ª de 1992, el* ***Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo****, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos.* ***Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria.*** *Todo sin desconocer derechos adquiridos*

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad. [...]. (subrayas y negrillas fuera de texto)

Sin embargo, el Gobierno Nacional, solamente hasta el año 2003, estableció el régimen pensional para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, por medio del **Decreto 2090 de julio 26 de 2003**[3], en el que se determinó:

"[...] DECRETO 2090 DE 2003
(Julio 26)
"Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades".
"...
Artículo 2°. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. *Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*
"...
7. ***En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los***

[3] Decreto 2090 de julio 26 de 2003, entro en vigencia el 28 de julio de 2003, Diario Oficial 45262 de julio 28 de 2003.

internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.
Artículo 3°.Pensiones especiales de vejez. *Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*
Artículo 4°.Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez. *La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*
1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797de 2003.
La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.
Artículo 5°.Monto de la cotización especial. *El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.*
Artículo 6°.Régimen de transición. *Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.*
"[...]
Artículo 11. Vigencia y derogatorias. El presente decreto regirá a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en particular, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo5° del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998.[...]"

Por lo anterior, el artículo **168 del Decreto 407 de 1994** fue derogado solo hasta el 28 de julio de 2003.

Ahora bien, el Congreso de la República por **Acto Legislativo 01 de 2005**, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, decidió aclarar la vigencia de los regímenes pensionales para los trabajadores del INPEC, en el parágrafo transitorio 5°, el cual es del siguiente tenor:

*"[...]**Parágrafo transitorio 5°.** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del*

cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes"[...].

En este punto es importante traer a colación el estudio que hizo la Corte Constitucional en sentencia **C-651 de 14 de octubre de 2015**[4] al revisar la exequibilidad del artículo 8 de Decreto 2090 de 2003, en la cual se analizaron los debates parlamentarios que antecedieron al Acto Legislativo 01 de 2005, sobre el puntual tema contenido en el parágrafo 5° transitorio del mencionado acto legislativo, allí se observó:

"[...]En efecto, como pasará a mostrarse a continuación, en las deliberaciones del Congreso se advierte que hubo claridad en torno a tres puntos: (i) primero, desde el comienzo del trámite se aclaró que las reglas sobre pensiones de alto riesgo, contenidas en el Decreto 2090 de 2003, no iban a verse afectadas por la reforma constitucional, ni inmediatamente ni hacia futuro por el Acto Legislativo, bien porque se consideró que formaban parte del sistema general de pensiones, o bien porque eran reglas especiales que se justificaban en el proyecto de reforma; (ii) segundo, cuando se introdujo el texto que hoy corresponde al inciso 11 del artículo 48 de la Constitución se buscaba consciente y justamente precisar que las reglas pensionales de alto riesgo se entendían incorporadas al sistema general de pensiones, y no debían entonces considerarse eliminadas, sino incluidas en el orden constitucional y los regímenes generales; (iii) tercero, que la decisión de contemplar el parágrafo transitorio 5° se debió a una pregunta específica, sobre la regulación aplicable a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, basada en el presupuesto de que el Decreto 2090 de 2003 no perdería su vigencia por el Acto Legislativo 01 de 2005. Obsérvese lo siguiente:
25.1. En primer lugar, en los debates parlamentarios que precedieron a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 se aclaró desde el comienzo que en la reforma se pretendían eliminar los regímenes pensionales especiales y exceptuados, pero no las reglas sobre pensiones de alto riesgo, por cuanto estas formaban parte en sentido estricto del sistema general de pensiones. Se decía que el sistema general de pensiones estaba conformado por las Leyes 100 de 1993, 797 y 860 de 2003, y por el Decreto ley 2090 de 2003, y por tanto que las previsiones de este último no se alteraban con la reforma.
"[...]
25.3. En tercer lugar, quizás lo anterior lleva a preguntarse por qué entonces, si era claro que el Acto legislativo no interferiría en la vigencia y validez de las pensiones de alto riesgo, contempladas en el Decreto 2090 de 2003, resultaba necesario contemplar el actual parágrafo transitorio 5° del artículo 48 de la Constitución. La respuesta se halla hacia el final del trámite de formación del Acto, ya dentro del tercer debate de la segunda vuelta, en el Senado de la República. ***En ese momento adquirió fuerza una preocupación parlamentaria que***

[4] Magistrada Ponente, doctora María Victoria Calle Correa

antes se venía discutiendo, ya no en torno a la posible afectación de las pensiones de vejez por actividades de alto riesgo, pues había claridad acerca de que no las impactaba la reforma, sino en torno de una situación puntual de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, pues al parecer había un vacío regulatorio en el tiempo en relación con este personal, que el Congreso consideró necesario colmar.[5] Esa intervención concluyó con una constancia.[6] Pero en una sesión de Comisión posterior, dentro del mismo tercer debate de la segunda vuelta, se convirtió la constancia en una proposición aditiva, suscrita por miembros de distintos partidos.[7]

---

[5] En la sesión de la Comisión Primera del Senado, ocurrida el 31 de mayo del año 2005, el Senador Andrés González dijo al respecto lo siguiente: "En tercer lugar, señor Presidente, vienen los temas sectoriales, son dos concretamente, uno planteado aquí por los guardianes del cuerpo de custodia y vigilancia del Inpec durante las audiencias públicas, su situación es muy concreta, en el año 86 hubo una ley que dijo que tendrían un régimen especial para pensionarse con cualquier edad. Al principio de la década de los noventa se creó el Inpec, se adoptó el Código Penitenciario y este Congreso le dio facultades al gobierno para que expidiera un sistema especial en materia de pensiones. Ese decreto extraordinario se expidió incluso con posterioridad a la Ley 100, precisamente para que tuviese un régimen especial. Incluso la misma Ley 100 y me correspondió en ese momento hablar con el Ministro de la época Juan Luis Londoño para que se accediera en ese aspecto. La Ley 100 en términos concretos y precisos dice que los funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia serán del Estatus de las funciones de alto riesgo. Al mismo tiempo para otros funcionarios de alto riesgo el Estado vino estableciendo las normas especiales, no lo hizo así con los guardianes del Inpec, sino hasta el año 2003. De manera que hoy la pregunta o el tema o la duda que pudiera haber surgido, es cuál era el régimen aplicable de 2003 para atrás, pues de 2003 para atrás, el legislador dijo: son de alto riesgo, número 1. Número 2. Nunca se reglamentó el tema, luego conclusión seguía rigiendo el régimen que les pertenecía que fue expresamente señalado en un decreto del año de 1994. Esta tesis fue llevada a la consideración del señor Ministro de la Seguridad Social, el Ministro de Hacienda, el gobierno ha hecho una interpretación... Ha anunciado que coincide grosso modo con esta apreciación, sería precisar la aplicación de las normas en el pasado, hacia a delante se aplica totalmente el régimen nuevo que establece la ley o el Legislador para las funciones de alto riesgo, yo presento en esta constancia un artículo concreto sobre ese particular, pero que de darse como se ha anunciado por parte del Gobierno una definición en este tema, pues lo retiraría porque perdería su fundamento, pero dejó constancia de que el tema ha sido tratado en los dos Ministerios y hay una salida sobre el particular." Gaceta 535 de 2005.

[6] **La constancia obró como propuesta de pliego de modificaciones. Decía en lo pertinente: "Parágrafo transitorio segundo: Los Miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, Penitenciaria y Carcelaria Nacional (INPEC), que se encuentren vinculados antes del 25 de julio de 2003, se pensionarán conforme a las reglas establecidas en el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, esto es, según lo dispuesto en la Ley 32 de 1986. Quienes perteneciendo a dicho cuerpo se hubiesen vinculado a partir del 25 de julio de 2003, se pensionarán conforme a las reglas establecidas o las que se establezcan para las actividades de alto riesgo." Gaceta 535 de 2005.**

[7] En el Acta de la sesión de Comisión del 1° de junio puede entonces observarse lo siguiente: "La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Ciro Ramírez Pinzón: A ver, quiero presentar esta proposición, está firmada por casi la mayoría de compañeros, son parágrafos transitorios que dice: Proposición número 183. Adiciónese el siguiente parágrafo transitorio: Parágrafo transitorio. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes. Firmado honorables Senadores *Andrés González, Luis Elmer Arenas, Carlos H. Andrade, Hernán Andrade, Ciro Ramírez, Carlos Gaviria, Antonio Navarro, Claudia Blum, Carlos Holguín, Juan Fernando Cristo, Darío Martínez, Germán Vargas, Mauricio Pimiento, Luis Humberto Gómez Gallo, José Renán Trujillo García.*" Gaceta 533 de 2005. Luego, **el Senador Andrés González la explicó del siguiente modo: "Señor Presidente, voy a tratar de explicar brevemente el sentido de esta propuesta y el contexto de la misma que son los siguientes: En el año, a principios de los años 90, este Congreso adoptó todo un régimen especial para el cuerpo de custodia y vigilancia de prisiones, y lo adoptó en el entendido de la grave crisis carcelaria que se presentaba en ese momento. En ese sentido se creó un Instituto especial, se creó el Inpec que no existía, se le dieron facultades al Congreso para que expidiera un régimen prestacional especial, y al mismo tiempo en la Ley 100, en la Ley 100 específicamente se dijo que los miembros de custodia y vigilancia desempeñaban actividades de alto riesgo, fue el único grupo de trabajadores respecto de los cuales específicamente la Ley 100 dijo cumplen actividades de alto riesgo y su régimen será regulado por el Gobierno Nacional. Dos meses después de estar rigiendo la Ley 100, dos o tres meses después se expide un decreto ley, de facultades extraordinarias, decretó que establece claramente, expresamente que quienes estuvieran en ese momento en el Inpec tendrían un régimen especial que era el de la Ley 32 de 1986, y así mismo que esas personas de alto riesgo tendrían el régimen que estableciera el Gobierno Nacional.** El Gobierno Nacional nunca estableció ese régimen sino hasta el año 2003, a partir del cual como personas vinculadas a una actividad de alto riesgo, tendrían un sistema que se regirían por unas semanas especiales de cotización, quiere decir esto que en este caso el Estado cotiza más para que tengan ese régimen especial, y ese régimen ya está funcionando hoy desde el 2003, sin dificultad, incluso se presentaron algunas dudas, y el Gobierno Nacional intervino y ya están resueltas en esa materia en cuanto a las cotizaciones especiales. No obstante, han surgido una serie de interpretaciones jurídicas que han llegado hasta los Tribunales y los Tribunales y el Consejo de Estado han venido fallando condenando

El texto finalmente aprobado en Comisión Primera del Senado, fue en su sentido el que en definitiva quedó en el Acto Legislativo.[8] *Pero lo que queda claro es entonces que el origen del parágrafo transitorio 5° del artículo 48 de la Constitución fue la preocupación por colmar una aparente deficiencia regulatoria en relación con un grupo de personas debidamente delimitado, y no la necesidad de delimitar el ámbito personal o material de validez del Decreto 2090 de 2003, pues el presupuesto común a los debates en que se incorporó la proposición aditiva fue que este Decreto, y en general las pensiones de alto riesgo, tendrían una vigencia no interferida por el Acto Legislativo en trámite. [...]"*

Para el caso en concreto, observa la Sala que el *a quo* concluyó la necesaria aplicación de la Ley 100, puesta en vigencia a partir del 1° de abril de 1994, la cual estableció un régimen de transición que permitía que la situación particular de los empleados que se encontraban próximos a adquirir su estatus pensional se rigieran en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto por las disposiciones normativas **anteriores**, y que para el caso de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC, los parámetros pensionales eran los señalados en la **Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994**, **siempre y cuando hubieran acreditado las condiciones descritas en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100**.

Sin embargo, no se puede dejar de lado el análisis que merece el parágrafo transitorio 5°, del Acto Legislativo 01 de 2005 *"Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política"* que concierne a la situación de labor de alto riesgo de los miembros del cuerpo de custodia y

---

reiteradamente a la Nación, diciendo que uno, que son actividades de alto riesgo, dos, que tenían un régimen especial establecido a través de un decreto ley del año 94, tuve la oportunidad como Ministro de firmar esa disposición, tengo la plena conciencia de información de a qué obedecía. **Y por ese decreto ley posterior a la Ley 100 que creó una situación jurídica muy precisa y muy clara hay unos derechos adquiridos, derechos adquiridos, ¿por qué? Por una consideración elemental, pocos funcionarios como los guardianes de prisiones tienen las jornadas, a que ellos están sometidos y segundo tienen que vivir en las cárceles durante una serie de tiempo que le supone que haya un tratamiento especial.** Por eso desde esa época este Congreso tanto en la Ley 100, como en un decreto ley posterior **fijó un régimen especial. Lo que se pide con esta norma, no es nada hacia el futuro, no es ningún régimen especial hacia delante, es simplemente que haya una claridad de interpretación, por eso es una norma transitoria de 2003, hacia atrás. Que se diga ¿qué? Pues que se aplica en los derechos que siempre tuvieron y que han tenido, que han reconocido los jueces y que están claramente en un decreto ley, esa es la pretensión que se reconozca esa situación jurídica del 2003 hacia atrás**. Yo debo honrar la verdad en el tratamiento de este tema, al señalar que por parte del Gobierno Nacional se ha dispuesto y se ha señalado, y se ha considerado por el señor Ministro, podrá explicar aquí en esta materia, que existiría una vía paralela, alterna de solución a este tema, a través de un decreto del Gobierno Nacional. Uno podría pensar que con ese decreto, simplemente se resuelve este tema y queda aclarado, no obstante muchos colegas con razón me han dicho, pero si mañana ese decreto cambia, si cambia la situación no habrá alguna duda jurídica sobre ese particular, por eso debo exponer la situación con todos sus pormenores, yo he presentado en conjunto con muchos otros Senadores el tema en el sentido de que esta es una situación jurídica clara, un derecho adquirido clarísimo, indiscutible, judicialmente reconocido, que no se está modificando nada hacía, no se pretende un régimen especial hacia el futuro, ya este Acto Legislativo dice que habrá actividades de alto riesgo que se rijan conforme a la ley. De manera que yo lo dejo a consideración de esta Comisión, en el sentido de que es un acto de plena justicia, y de absoluta y clara juridicidad." Gaceta 533 de 2005.

[8] Si bien con cambios de redacción, pues el aprobado por la Comisión Primera del Senado de la República decía: "Parágrafo transitorio 5°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes".

vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, para determinar el régimen pensional aplicable al trabajador, ahora demandante.

Así, para la Sala es claro que el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, ordenó al Gobierno Nacional la expedición de un régimen para los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, particularmente, indicando a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia nacional penitenciaria, lo cual fue concretado con la expedición el **Decreto 2090 de 2003**. **Sin embargo, el régimen de aplicación, es decir, el contenido en la Ley 32 de 1986, debe ser definido para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria que ingresaron antes al 28 de julio de 2003**, luego este sentido de la norma, excluye la aplicación del artículo 36 de la Ley 100, para determinar si los son o no beneficiarias del régimen de transición y, **en consecuencia, para las personas que ingresaron al servicio antes del Decreto 2090 de 2003 deberá ser aplicado el régimen contenido en la Ley 32 de 1986**, por razón de los riesgos de su labor, equilibrando así el sentido del Decreto 2090 de 2003 que regiría para este tipo de trabajadores, con los que laboraron antes de dicha norma, en las mismas condiciones y tienen la expectativa de pensionarse.

De lo expuesto hasta el momento, habrá de precisarse que en el presente caso el aquí demandante quien se desempeñó en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, **es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003 en consonancia con el parágrafo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005**, toda vez que a la entrada en vigencia del referido decreto (28 de julio de 2003), se encontraba vinculado a la mencionada entidad, y además dicha transición es aceptada por la entidad demandada en los actos administrativos acusados, particularmente en la **Resolución No. GNR 9708 del 17 de diciembre de 2013** (fl. 18-21), de manera que el análisis surtido en primera instancia queda desvirtuado, debiéndose aceptar los cargos formulados vía de impugnación.

3.2. INGRESO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DEL DERECHO PENSIONAL.

La **Ley 32 de 1986** no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, razón por la cual conforme lo previsto en su artículo 114, es procedente la remisión respecto de los aspectos no regulados a las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Entonces, la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hacen referencia los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, es la Ley 33 de 1985; sin embargo, esta norma no resulta

aplicable a los servidores cobijados por un régimen especial, como en este caso los servidores del INPEC, acorde a la exclusión que al efecto establece el artículo 1° inciso segundo[9] de la misma Ley 33, siendo necesario acudir al **Decreto 1045 de 1978.**

En el *sub examine*, es aplicable en su integridad el régimen especial de pensión establecido por la ley para los trabajadores del INPEC, y por tanto, la liquidación de su prestación debe tener en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo devengado en el último año de servicios como lo estableció la **Ley 4 de 1966**, aplicando para ello los factores salariales contemplados en el régimen general indicados en el artículo 45 del **Decreto 1045 de 1978,** que establece:

> *"**De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones**. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*
>
> *a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) Las horas extras; e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; k) La prima de vacaciones; l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968".*

Sobre este aspecto, resulta pertinente hacer referencia a la sentencia de unificación del **Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010**, en tanto a partir de dicha providencia se fijó un nuevo criterio jurisprudencial en cuanto a los factores salariales que se deben incluir en la liquidación de la pensión de jubilación, precisando que la pensión de jubilación debe incluir el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, siempre que los mismos tengan carácter salarial.

Así entonces precisó el H. Consejo de Estado en la citada Providencia:

> *"(...) En consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores*

[9] La Ley 33 de 1985, en su artículo 1° inciso segundo establece: "*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones*".

> *que* ***constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio****. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando (...).Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. (...). En consecuencia, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales la asignación básica; alimentación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (Sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo (...)*[10] (Destacado por la Sala).

Adicionalmente, en la decisión de unificación mencionada se dejó expuesto que la entidad que reconoce la pensión, queda habilitada para realizar las deducciones y/o descuentos que corresponda, sobre aquellos factores respecto de los cuales no se hubiera hecho cotización para pensión.

3.3. DESCUENTOS DE SALUD[11]

Sobre este asunto, debe recordar la Sala que esta Corporación en sentencia del 19 de febrero de 2016, con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp. 2014-096-01, luego de realizar un estudio en torno a la postura sostenida por el Consejo de Estado en relación con los descuentos a los aportes al Sistema de Seguridad Social, concluyó, que dada la naturaleza jurídica de las cotizaciones de los afiliados al Sistema de Seguridad Social, se constata que éstas constituyen una **obligación de carácter parafiscal**, en tanto son producto de la soberanía fiscal del Estado y tienen destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible[12].

---

[10] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación. 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento.

[11] Tomado de providencia del Tribunal Administrativo de Boyacá de fecha 10 de mayo de 2017, radicado: 15001333301120150023 8-01 MP Oscar Alfonso Granados Naranjo

[12] Así lo ha considerado Corte Constitucional; en la sentencia C- 711 de 2001, con ponencia del doctor Jaime Araujo Rentería, "(...)Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para

Al respecto, el referido artículo 54 de la Ley 383 de 1997[13], dispuso que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, son aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a nómina del sector privado así como el público. Allí, se incluyen o ubican los aportes destinados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Agregó que en virtud del artículo 817 que la acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles, por lo que concluyó que, trascurridos cinco (5) años a partir de la fecha en que se generó la obligación de realizar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, ésta prescribía y su pago, no podía ser exigido, advirtiendo la naturaleza parafiscal de estas últimas[14] .

De acuerdo a lo señalado los artículos 20, 22, 161 y 204 de la Ley 100 de 1993, el empleador está obligado a efectuar sus aportes y los de sus trabajadores. Si no lo hace, la entidad administradora del sistema 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.

De todo lo anterior, determina la Sala que a pesar de que la pensión surge como consecuencia del ahorro mediante los aportes, lo cierto es que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe.

Entonces, 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.**

---

empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal. (...)"

[13] "Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones"

[14] Sobre esto, la Corte Constitucional en sentencia C-895 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, señaló respecto a la figura de la prescripción extintiva, que ésta no riñe con los derechos al trabajo y la seguridad social.

Así, 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. Otra será la discusión si no se realizó ninguna clase de aportes, en tanto, el derecho surge por el cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas.

Por tanto, en este caso, es dable realizar los descuentos sobre el retroactivo **durante los últimos cinco (5) años laborados**, por prescripción extintiva de la obligación.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al *sub examine*, se encuentra acreditado que al señor **HÉCTOR ANDRÉS FONSECA FONSECA**, mediante Resolución **GNR 359708 del 17 de diciembre de 2013**, se le reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual de vejez, por valor de mesada de $1.080.125 a partir del 1 de febrero de 2013, sin discriminar los factores salariales reconocidos, pero señalándose que serían los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (fl. 17-21).

Posteriormente, mediante **Resolución GNR 20530 del 30 de enero de 2015**, se le negó la reliquidación solicitada por el actor, por no tener plena certeza la entidad del tipo de factores salariales que se deben tener en cuenta dentro del último año anterior al reconocimiento, según los certificados aportados a su expediente administrativo (fl.22-23).

Como quiera que se interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, la entidad accionada a través de la **Resolución No. VPB 61172 del 14 de septiembre de 2015**, la revocó, reliquidando la pensión de vejez del actor, teniendo como base de cotización los factores salariales establecidos en **los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994**, en cuantía de $ 1.088.310, sin establecer concretamente cuáles fueron los factores reconocidos (fl.25-27).

Ahora bien, de las pruebas que militan en el plenario, se puede constatar que el demandante estuvo vinculado al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, desde **1 de enero de 1992 al 31 de enero de 2013** (fl. 36,40, archivo 20120426110135S0103320005 CD fl.70).

Conforme la certificación de salarios relacionados en el formato No. 3 por parte del INPEC (fl. 38-39), el demandante en el último año de prestación

de servicios, devengó: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unidad familiar, auxilio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, y prima de servicios.

Y de acuerdo con el certificado de tesorería de la entidad -INPEC- para el último año de servicios, se acreditó como factores salariales devengados en el año 2012: prima de riesgo, subsidio de alimentación, subsidio de unión familiar, subsidio de transporte, bonificación por recreación, prima de vacaciones, no se acreditó para el año 2013(archivo 20120426110138010332007 5 CD fl. 70).

Ahora bien, el actor pretende que en la reliquidación de su pensión de vejez, se incluyan como factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios: **la prima de riesgo**, **subsidio de unidad familiar**, auxilio de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, **prima de seguridad** y **bonificación por recreación** (fl. 108).

Es de reiterar que los factores a reconocer son los enlistados en el Decreto 1045 de 1978 y aquellos que por su naturaleza hagan parte de la asignación básica mensual.

Así, respecto de **la prima de riesgo**, encuentra la Sala que debe precisarse lo siguiente:

El Decreto 446 de 1994, "*Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC*", respecto a la prima de riesgo, la consagra en los siguientes términos:

> "***Artículo 11. Prima de riesgo.*** *Los Directores y Subdirectores de establecimiento carcelario y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una prima de riesgo sin carácter salarial, en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, que no podrá ser inferior al actualmente vigente*".

De la lectura de la norma que consagra la prima de riesgo a favor de los trabajadores del INPEC, en la cual se indica que la misma no constituye factor salarial, sería razón suficiente a efectos de negar su inclusión en la liquidación de la pensión del demandante. Sin embargo, advierte la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que pese lo estipulado en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, la prima de riesgo debe ser incluida en la liquidación de la pensión, tal como a continuación se expone:

"(...) Analizado el asunto a la luz de la Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, la Sala advierte que le asiste la razón a la señora López Peñafiel por las razones que pasan a exponerse.

En un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, en Sentencia de 24 de febrero de 2012[15], amparó los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de un ex Guardián de Prisiones – Miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

En esa oportunidad la mencionada Sala consideró que la prima de riesgo debía incluirse en la base de liquidación de la pensión del demandante quien también era beneficiario del régimen pensional previsto en la Ley 32 de 1966, y sostuvo que el Tribunal Administrativo del Meta, al excluir la prima aludida en la liquidación de la mencionada prestación, vulneró el precedente jurisprudencial sobre la materia.

Agregó la Subsección A:

> *"En relación con los factores que se deben tener en cuenta en el monto, la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en casos similares al del actor, que el hecho de que no se haya cotizado sobre todos los factores que deben integrar el monto pensional, no es obstáculo para tenerlos en cuenta, dado que la Caja podrá descontar los aportes correspondientes a los factores reconocidos en la providencia judicial sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal".*

Más adelante, la Sección Segunda en Pleno, profirió Sentencia de Unificación en relación con el carácter salarial de la prima de riesgo y el deber de las entidades de tenerla en cuenta para efectos de la liquidación pensional.

Así, en Sentencia de 1 de agosto de 2013[16], esta Sección indicó:

> *"(...)*
> *con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la* ***Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tenida en cuenta para los fines indicados***.
>
> *Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación[17], ha entendido por salario la remuneración que*

---

[15] Sentencia proferida dentro del proceso de tutela N° 11001-03-15-000-2012-00166-00, demandante: Timoleón Lozano Herrera, C.P. Alfonso Vargas Rincón.
[16] Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del expediente N° Expediente: 44001233100020080015001Referencia: 0070-2011Actor: Héctor Enrique Duque Blanco .C.P. Gerardo Arenas Monsalve.
[17] Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Bajo estos supuestos, ha de decirse ***que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.***
(...)

Es precisamente este último principio, ***la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban****.*

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991[18] *estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.*

(...)

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento

[18] *"ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*
Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...).".

*Administrativo de Seguridad, DAS, **la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial**, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.*

***Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional**. (...)". (Negrillas y subrayas de la Sala).*

Se debe precisar que si bien en la aludida providencia se hizo referencia a la prima de riesgo percibida por los funcionarios de DAS, las consideraciones que allí se consignaron respecto de esa prestación y su carácter salarial también son aplicables a los funcionarios del INPEC, pues unos y otros desempeñan actividades riesgosas, y finalmente, la naturaleza de la prestación en uno y otro caso es la misma.

En ese orden de ideas, el hecho de que una disposición, como la contenida en el artículo 4 Decreto 2646 de 1994 para los funcionarios de DAS[19], o la prevista en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 para los servidores del INPEC; le niegue el carácter salarial a la prima de riesgo, no es óbice para tenerla en cuenta en la base de liquidación pensional en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

En efecto, advierte la Sala que al interior del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la señora López Peñafiel contra la extinta CAJANAL, se acreditó que durante el último año de servicios, la primera percibió mensualmente la prima de riesgo[20]. Es decir que se trató de una prestación que recibió de manera habitual como remuneración y que por tanto constituye factor salarial para efectos de la liquidación de su pensión, tal como lo ha considerado esta Corporación (...)"[21]. (Destacado por la Sala)

Bajo la jurisprudencia precitada, entiende esta Corporación que la prima de riesgo contemplada en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, constituye factor salarial para efectos de la liquidación de la pensión de

[19] Esta disposición fue inaplicada en la Sentencia de unificación que se acaba de citar, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad.
[20] Folios 99 y 100 c. 1.
[21] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, 7 de mayo de 2015 Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00729-00(AC) Actor: Josefina del Carmen López Peñafiel, Demandado: Tribunal Administrativo de Boyacá en descongestión.

jubilación de los empleados del INPEC. Lo anterior, marca un precedente de obligatoria aplicación[22].

Así lo ha reconocido el mismo Consejo de Estado, cuando en sentencia de 02 de marzo de 2016[23], indicó lo siguiente:

> *"(...)* ***A juicio de la Sala, la aludida sentencia, efectivamente, sí constituye un precedente ya que indica la línea jurisprudencial que esta Sección ha tenido respecto del reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial para los funcionarios del INPEC****, y aclara además la razón para considerar como precedente la tesis que sobre los funcionarios del DAS plasmó la Sala Plena de la Sección Segunda. Al respecto aclara que la aplicación de los efectos de esta sentencia de unificación no son un capricho del censor sino que encuentra su razón de ser en los principios que rigen las materias laborales "a mismo trabajo misma asignación" y el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas.*
>
> ***En ese orden de ideas, es claro para la Sala concluir que sobre el reconocimiento de la prima de riesgo como un factor salarial para la liquidación de la pensión de los funcionarios del DAS y el INPEC, la Sección Segunda tiene una visión clara y unificada, y en tal virtud, era obligación del Tribunal Administrativo del Tolima acogerse al precedente en cita, por lo que su inobservancia configura una vía de hecho por desconocimiento del precedente.*** (Destacado por la Sala)

La Corte Constitucional respecto a la figura del precedente jurisprudencial en cuanto su carácter vinculante y obligatorio para todos los operadores judiciales, en la sentencia T-292 de 2006, indicó lo siguiente:

> *"En el análisis de un caso deben confluir los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no: (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que "cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente". Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o*

[22] Criterio asumido por este Tribunal, en providencia del 10 de mayo de 2017, Radicado No. 15001333301120150023801 MP Oscar Alfonso Granados Naranjo
[23] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03263-00(AC)

autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes."

Conforme a lo expuesto y en aplicación del precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en la sentencia de 7 de mayo de 2015, la Sala concluye que **la prima de riesgo** constituye factor salarial a efectos de liquidar la pensión de jubilación de los servidores del INPEC, en el evento en que la hayan percibido en el último año de prestación de servicios.

Para el *sub judice* encuentra la Sala que el señor Hector Andres Fonseca, durante su último año de prestación de servicios, esto es, desde el 12 de febrero de 2012 al 13 de febrero de 2013 devengó la **prima de riesgo** de manera mensual, razón por la cual, debe ser incluida en la reliquidación de la pensión.

Ahora bien, frente al **subsidio de unidad de familiar**, el mismo se encuentra contemplado en el artículo 15 del Decreto 446 de 1994:

*"**Artículo 15. Subsidio Familiar.** De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho, a partir del 1° de enero de 1995, al pago de un siete por ciento (7%) adicional por tal concepto, **sin constituir factor salarial**, el cual se pagará por unidad familiar, con cargo al presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec.*

La anterior prestación se establece sin perjuicio del subsidio familiar a que tienen derecho los funcionarios de acuerdo con las normas vigentes". (negrilla de sala)

En virtud del precepto normativo, se dirá que el mismo no puede ser tenido en cuenta como factor salarial a efectos de liquidar la pensión del demandante, siguiendo igualmente la regla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado en sentencia de 7 de noviembre de 2013, en la que se indicó:

*"(...) **- El subsidio Familiar del 7%.***

Dispone el artículo 15 del decreto 446 de 1994:

*"ARTÍCULO 15. SUBSIDIO FAMILIAR. **De conformidad con las normas legales vigentes que regulan el pago del subsidio familiar**, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho, a partir del 1o. de enero de 1995, al **pago de un siete por ciento (7%) adicional por tal concepto, sin constituir factor salarial**, el cual se pagará por unidad familiar, con cargo al presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario,*

Inpec.

La anterior prestación se establece sin perjuicio del subsidio familiar a que tienen derecho los funcionarios de acuerdo con las normas vigentes." (Resaltado propio del texto).

Para la Sala, contrario a lo concluido por el Tribunal, ***el subsidio familiar adicional del 7% no puede ser considerado factor salarial para liquidar la pensión del accionante, no sólo porque así lo dispone el artículo transliterado, sino porque el mismo no responde a una contraprestación directa del servicio, pues, como lo ha dicho la misma Corte Constitucional[24], la naturaleza del subsidio familiar responde a una prestación propia del régimen de seguridad social y a un mecanismo de redistribución del ingreso****. Sumado que la Ley 21[25] de 1982, que aplica tanto para el sector público como para el privado, en su artículo 2° dispuso que "[e]l subsidio familiar no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso.".*

Por ello la decisión del a quo será variada en este aspecto, para excluir de los factores a tener en cuenta el subsidio familiar del 7% (...)". (Destacado por la Sala)

En ese orden de ideas, no es procedente la inclusión en la reliquidación de la pensión de vejez como lo solicito el actor del subsidio familiar, por cuanto no constituye factor salarial, sino que su naturaleza corresponde a una prestación propia del régimen de seguridad social y a un mecanismo de redistribución del ingreso.

En cuanto a la **bonificación por recreación**, se dirá que tampoco es procedente su inclusión, pues no se encuentra enlistada en los factores salariales establecidos en el Decreto 1045 de 1978, además que se trata de una prestación social, por cuanto con ella no se remunera directamente el servicio.

---

[24] Sentencia C-508 de 1997, MP Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. En cuanto a la naturaleza del subsidio familiar en esta providencia señala la Corte:

"En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que **el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos**; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. **El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso**, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.
(...)Así mismo, **el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.**
Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue." (Resalta la Sala).

[25] "Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones".

Finalmente respecto a la **prima de seguridad**, la misma no se encuentra acreditada como factor salarial devengado por el actor durante el último año de servicios, por tanto, no puede ser objeto de inclusión en la liquidación de la pensión del demandante.

5. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones

De conformidad a lo expuesto en acápite precedente, COLPENSIONES deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General de Salud y Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de la vida laboral del señor HÉCTOR ANDRÉS FONSECA, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

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

En cuanto al demandante, en cualquier caso, el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo 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.

6. PRESCRIPCIÓN

Al respecto, debe decir la Sala que no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción, ello por cuanto el demandante disfruta de su derecho pensional con efectos desde el 1 de febrero de 2013, y como quiera que se presentó petición de reliquidación pensional el 17 de julio de 2014 (fl. 22), no se ha afectado ninguna de las mesadas causadas por cuanto se presentó dentro de los 3 años siguientes, con lo cual no hay lugar a declarar prescrita ninguna mesada pensional.

7. COSTAS

En relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado[26] 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.

[26] Consejo de Estado. Sección Segunda. CP. Guillermo Vargas Ayala. Expediente 25000-23-24-000-2012-00446-01. Fecha 16 de abril de 2015.

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, como quiera que se atendieron los argumentos de la recurrente.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 17 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual niega las pretensiones de la demanda, y en su lugar dispone:

1. ***DECLARAR la nulidad parcial*** *de la Resolución GNR No. 359708 del 17 de diciembre de 2013, por medio de la cual se le reconoce la pensión de jubilación al demandante.*

2. ***DECLARAR la nulidad parcial*** *de la Resolución VBP No. 61172 del 14 de septiembre de 2015, por medio de la cual se le reliquidó la pensión de jubilación al demandante.*

3. *Como consecuencia de lo anterior,* ***ORDENAR*** *a la COLPENSIONES, reliquidar la Pensión de Jubilación del señor HÉCTOR ANDRÉS FONSECA FONSECA en cuantía del 75% del promedio devengado durante* ***el último año de servicio, en decir del período comprendido entre el 30 de enero de 2012 al 31 de enero de 2013, con la inclusión de los factores salariales de: sueldo básico, bonificación por servicios, prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad, y prima de servicios*** *devengados por el demandante en este periodo laboral, con efectos fiscales a partir del 1 de febrero de 2013; lo anterior, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

4. ***CONDENAR*** *a COLPENSIONES, a pagar a título de restablecimiento del derecho señor HÉCTOR ANDRÉS FONSECA FONSECA, las diferencias resultantes entre las mesadas efectivamente canceladas, y las que conforme a esta sentencia le corresponden, en las condiciones indicadas en la parte motiva.*

5. ***ORDENAR*** *a COLPENSIONES, pagar a favor del actor, la actualización de las sumas dejadas de cancelar, dando aplicación a la siguiente fórmula:*

$$R = Rh \frac{\text{Índice final del IPC}}{\text{Índice inicial del IPC}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia de la mesada pensional dejada

de percibir por la actora, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago que se causó.

La diferencia en las mesadas pensionales dejadas de cancelar se pagará a favor del demandante, ajustándose conforme a lo previsto en el artículo 195 del CPACA.

6. *Sobre los factores incluidos se descontarán los aportes de Ley si éstos no se hubieren realizado, la entidad accionada al momento de realizar tales descuentos atenderá las directrices trazadas en la sentencia proferida por el Consejo de Estado de fecha 9 de abril de 2014, expuesta en la parte considerativa de esta providencia.*

SEGUNDO: Negar las demás pretensiones.

TERCERO: Sin Condena en costas en ésta instancia.

CUARTO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

Hoja de firmas
Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. 15001333301020150001860l
Sentencia de Segunda Instancia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
El auto anterior se notificó por estado
No. 20
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 07 FEB 2018

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante: **Pedro Julio Monroy Guio**
Demandado: **Administradora Colombiana de Pensiones**
Expediente : **15001-33-33-011-2016-00028-00**

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 10 de octubre de 2016, por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito 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 parcial de la Resolución No GNR 40006 del 20 de febrero del 2015 por la cual se reconoció pensión de jubilación, y la nulidad de la Resolución No VPB 49843 del 22 de junio de 2015, mediante la cual se resuelve un recurso de apelación confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución No GNR 40006.

A título de restablecimiento solicita que la demandada reconozca y pague pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales del último año de servicio, que se pague la condena conforme al índice de precios al consumidor, y de igual manera condenar a la demandada al pago de intereses moratorios de no dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192, 193 y 195 numeral 3° del CPACA.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, manifiesta que por reunir los requisitos para el efecto, "COLPENSIONES" reconoció la pensión de jubilación efectiva a partir del 1° de enero del 2015, en atención a la última semana cotizada como independiente, incluyendo en su liquidación los factores salariales establecidos en las Leyes 33 y 62 de 1985. Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación argumentando que se debe liquidar con todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, y con efectos fiscales a partir del 10 de agosto del 2013, fecha en la que cumplió los cincuenta y cinco años de edad.

Al resolver dicho recurso de apelación, se confirmó la resolución impugnada, que liquida la pensión de jubilación de acuerdo al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con los factores salariales percibidos en los últimos diez años de servicio.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida por auto de 14 de abril de 2016, 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 (fls. 70-71).

1. Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda en los siguientes términos:

Respecto a la liquidación de la prestación pensional del demandante, la entidad asegura que se debe atender a lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 2015, dado que dicha jurisprudencia se encuentra vigente, en concordancia y ajustado a las reglas de la Ley 100 de 1993 en su artículo 21 y 36.

Sostiene COLPENSIONES, que al momento del reconocimiento pensional tuvo en cuenta lo preceptuado en la circular interna 01 de 2012 la cual aclara que si *"el afiliado es independiente y se encuentra retirado o deja de cotizar después de cumplir los requisitos, la prestación se reconocerá a partir del día siguiente a la fecha de retiro o de la última cotización"*, el demandante presenta cotizaciones al 31 de diciembre de 2014 como independiente, por ello el reconocimiento de la prestación pensional se le realizo al 1° de enero de 2015, y no aplica la reliquidación desde el 10 de agosto de 2013.

Por último la entidad demandada con la contestación de la demanda propuso como excepciones; *"inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de la indexación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, compensación y prescripción"*.

2. Audiencia inicial

Evacuadas las etapas previstas en la audiencia inicial el *a quo* 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. FALLO RECURRIDO

Mediante fallo proferido en audiencia el 10 de octubre de 2016, se declaró no probada la excepción de prescripción, la nulidad parcial de la Resolución 40006 del 20 de febrero de 2015 y la nulidad de la Resolución No VPB 49843 del 22 de junio de 2015 proferidas por COLPENSIONES, igualmente se ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante efectiva desde el 10 de agosto de 2013, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado durante el último año de servicios (18 de mayo de 2003 al 18 de mayo de 2004), intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia, se ordenó descontar de las sumas

anteriores los aportes que no se hubieren efectuado, y condenó en costas a la entidad demandada.

Para llegar a las anteriores conclusiones se expuso que el demandante se pensionó cuando se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993 y al momento en que dicha ley entro a regir este contaba con más de quince años de servicios, por lo que se encontraba cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley precitada, el cual conlleva a que para el caso se dé aplicación a las Leyes 33 y 62 de 1985.

Advirtió que la pensión debió ser reconocida en la fecha en la cual el demandante obtuvo el estatus de pensionado, es decir el 10 de agosto de 2013 y no hasta la última semana que se cotizó como independiente, ni con el promedio de los aportes realizados en los últimos 10 años de servicios, *"como quiera que dicha posición fue fundada en unas circulares internas de la entidad y en una errónea interpretación de las sentencias de la Corte Constitucional, no resulta garantista ni ajustada a lo que prevé el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 que señala que la pensión debe ser reliquidada con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, esto es para el caso que nos ocupa, lo devengado entre el 18 de mayo de 2003 hasta el 18 de mayo de 2004, fecha esta última en la que se retiró del servicio público y lo será con efectos fiscales a partir de la fecha en que cumplió totalmente los requisitos para pensionarse. Así las cosas, la prestación deberá ser reconocida a partir del 10 de agosto de 2013".*

Respecto a las sentencias de la Corte Constitucional C-258 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.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La entidad demandada (fls. 130-134) además de reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda sobre la improcedencia de la reliquidación de la pensión, solicita se tenga en cuenta que el derecho al disfrute pensional está sujeto a la desafiliación del régimen, de modo que debe modificarse el fallo de primera instancia en cuanto reconoció el derecho del demandante a partir del 10 de agosto de 2013, aun cuando se encuentra demostrado que el mismo continuó cotizando hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que la pensión solo puede ser reconocida a partir del 1° de enero de 2015.

Sobre el punto cita la sentencia T-626 de 2014 en la que la Corte Constitucional avala tal aspecto regulado en el Acuerdo 049 de 1990 (art. 13) aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

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 (fls. 140-142), el cual fue admitido en providencia del 10 de mayo de 2016 (fl.157).

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.165), oportunidad utilizada por la parte demandante para reiterar los argumentos expuestos en el escrito de demanda y para exponer el alcance jurisprudencial de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 (fls.183-189).

El Ministerio Público allega concepto en el que hace precisiones sobre el valor vinculante de la jurisprudencia y su connotación de fuente formal y material de derecho, analiza el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley

100 de 1993, es decir lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, y la no aplicabilidad para el caso concreto, de las sentencias de la Corte Constitucional C-259 de 2013 y SU-230 de 2015, concluyendo que la decisión adoptada por el a – quo se ajusta a derecho y por tanto solicita sea confirmada (fls. 167-182).

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si procede reliquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el último año anterior al retiro del servicio, para quien como el demandante se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Así mismo, se debe establecer si es necesaria la desafiliación del sistema para el disfrute de la pensión.

Para despejar estos interrogantes, la Sala considera necesario establecer la posibilidad de liquidarla con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, teniendo en cuenta que no existe controversia respecto a que se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y de igual manera establecer la fecha desde la cual debe ser reconocida la prestación.

2. - Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que el demandante se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que por lo mismo se le deben aplicar los requisitos establecidos en la Ley anterior para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, si los dispuestos en la citada norma como lo afirma la parte demandada, o al contrario, los establecidos en la norma anterior como lo expuso el apoderado de la parte actora.

La Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 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, al demandante le es aplicable la citada ley, toda vez que en virtud del **principio de inescindibilidad** normativa, no se puede para una misma situación fáctica aplicar varias disposiciones normativas.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado:

> "(...) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales"[1]

Entonces, para establecer cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en el caso 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 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

[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).

deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, además, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Así las cosas, no obstante ser aplicable al accionante para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación las normas establecidas en la precitada ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto, que debe atenderse el criterio de unificación en mención en el que consideró que la pensión debe liquidarse con base 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 en innumerables fallos v. gr la

sentencia de 26 de agosto de 2010, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159- 01, asimismo, la sentencia del mismo ponente de 3 de febrero de 2011, expedida por la Subsección B, radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Entonces, esta Sala atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, como en el caso del accionante, se tendrán en cuenta los factores devengados en el último año de servicios y no aquellos sobre los cuales la accionada liquidó.

En tal sentido procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, que conforme a las certificaciones salariales se encuentren acreditados.

Así las cosas, establecido como quedó líneas atrás que, los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la accionante son las Leyes 33 y 62 de 1985, es claro que tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el último año de prestación del servicio esto es, entre el 18 de mayo de 2003 al 18 de mayo de 2004.

De conformidad a la certificación de salarios expedida por la E.S.E Hospital San Rafael de Tunja (fl. 47), el peticionario percibió los siguientes factores salariales en el último año de servicios: asignación básica, auxilio de alimentación, horas extras, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, de los cuales la entidad demandada sólo tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión la asignación básica, horas extras y bonificación de servicios prestados luego significa que excluyó los restantes.

Ahora bien, sobre las deducciones legales es de señalar que si la accionante no cotizó sobre los factores aquí enlistados, acogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado[2], y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 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 accionante no aportó.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

3. –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.

[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)

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.

4. –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**

---

[3] *En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."*

[4] *Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*

[5] ***Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.***

Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...)."[6]

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, **evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión**..." (Resaltado fuera de texto)

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[7], enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un **abuso del derecho** que, podría decirse, se tipifica cuando en el último año de servicios, tiempo a tenerse en cuenta a la luz de la Ley 33 de 1985, se presentan situaciones de ingresos salariales intempestivas y desproporcionadas, así lo explica la nota al pie de página, cuando para explicar cuándo se presenta tal figura, precisa "*...Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.*"

Situación que, considera la Sala, no se presenta en este caso pues, por el contrario, según se extrae del certificado de información laboral aportado (fl. 47) no se presentó mayor variación en el cargo del demandante en los últimos 10 años de servicios, período que se justifica atender en consideración a que esta sería la situación que en criterio de la Corte Constitucional, podría llegar a denotar abuso del derecho.

---

[6] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

[7] Ver entre otras, SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

Así, los factores que se incluyen como consecuencia de esta sentencia, fueron los que durante los últimos 10 años de su historia laboral, se devengaron sin que se denoten saltos desproporcionados en sus ingresos.

En estas condiciones, los factores que no fueron tenidos en cuenta en el IBL pensional y que, conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, debían serlo, serán ordenados por no evidenciarse en ello un abuso del derecho.

5.- De los efectos fiscales de la pensión

Otro de los cargos planteados con el recurso de apelación se relaciona con la fecha desde la cual debe hacerse efectiva la pensión de jubilación del demandante, como quiera que el a quo resolvió que la misma fuera pagadera a partir del 10 de agosto de 2013 (fecha en que adquirió el estatus pensional por cumplir con el requisito de edad) y el recurrente argumenta que la efectividad debe darse a partir del 1° de enero de 2015 como quiera que el disfrute de la prestación está sujeto a la desafiliación del régimen, y el demandante continúo cotizando hasta el 31 de diciembre de 2014.

Indica el recurrente que la obligación de desafiliarse del sistema se encuentra contenida en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, al indicar:

> *"ARTICULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRÚTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero* ***será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma****. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."* (negrilla fuera de texto)

Sobre el punto la Corte Suprema de Justicia realizó una distinción entre el término causación y disfrute de la pensión de vejez. Por una parte la causación *"nace cuando la persona reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas"*,

mientras que para el disfrute de la pensión es necesaria *"la desafiliación del régimen, sin ningún otro requerimiento"*[8]

En sentencia del 6 de abril de 2016, Radicado n. 47236, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señala que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito para el inicio del disfrute de la pensión, cada caso merece reflexiones particulares, así por ejemplo:

> *"tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1° sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL. 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL. 15 may. 2012, rad. 37798).*
>
> *También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015."*[9]

Conforme al artículo 48 constitucional la seguridad social es un derecho irrenunciable, y a su vez la Ley 100 de 1993 en el art. 13 señala como una de sus características la obligatoriedad de todos los trabajadores dependientes o independientes a efectuar los respectivos aportes o cotizaciones al sistema.

Dicho lo anterior, y conforme a las pruebas obrantes en el proceso, se tiene que efectivamente el demandante realizó aportes por sus labores prestadas en entidades privadas y como independiente entre el 1° de agosto de 2004 y el 31 de diciembre de 2014, con algunos periodos de interrupción; que solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación el 17 de octubre de 2014 (fls. 57 - 61), y que la misma le fue reconocida mediante acto administrativo de 20 de febrero de 2015 con fundamento en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 **por haber servido en el sector público por 20 años y contar con 55 años de edad** al establecerse que hace parte del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

---

[8] Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno, sentencia del 07 de febrero de 2012. (Radicado No. 39206).
[9] Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia del 11 de abril de 2016 (Radicación n. 47236).

Así las cosas, se observa que si bien el demandante continúo cotizando luego de adquirir el estatus pensional, la pensión que le fue reconocida, y de la cual se solicita la reliquidación, fue otorgada en aplicación del artículo 1° de la Ley 33 de 1985; es decir, que no se trata de una pensión por aportes, y por tanto para su reconocimiento no se tomaron en cuenta tiempos privados.

Lo anterior pone en evidencia que los montos cotizados con posterioridad a que cumpliera el requisito de 55 años de edad, no tuvieron la intensión de modificar de alguna manera el reconocimiento pensional, y de ahí que no sea factible dar aplicación al precedente jurisprudencial citado por el recurrente, según el cual *"la finalidad de exigir la desafiliación del sistema como requisito para el pago y disfrute de la pensión [es que] con él se pone límite al ejercicio del derecho a cotizar, esto es, congelar la última cotización para así saber cuál es el último aporte... [pues] para liquidar la pensión de vejez se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo"*[10], pues como se aprecia, el último año de servicio con el cual se ordena reliquidar la pensión, es el comprendido entre mayo de 2003 y mayo de 2004, es decir que sus cotizaciones en el sector privado y como independiente abarcan casi 10 años antes de acceder al derecho pensional, y las mismas no fueron sumadas al momento de reconocer la pensión, pues como se vio, su reconocimiento obedece a una pensión del sector público.

Ahora bien, en aplicación del artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990 debe reconocerse la pensión de jubilación, para el presente caso, a partir de la fecha en que adquirió el estatus de pensionado, como quiera que se indica que para el pago de la prestación debe darse **de manera previa el retiro del servicio o del régimen, según el caso**, y tratándose de una pensión del sector público resulta imprescindible que se cumpla con la condición de retiro del servicio, por la prohibición constitucional de recibir doble asignación del tesoro público.

[10] Sentencia T – 626 de 2 de septiembre de 2014 citada por el apoderado de la parte demandada en el escrito de recurso de apelación. Aparte citado visible a folio 134 del expediente.

Finalmente debe resaltarse que si bien la reliquidación de la pensión tomando el último año de servicios corresponde al tiempo laborado entre 2003 a 2004, no se mencionó nada sobre este aspecto en el recurso de apelación, aun cuando afirma que las cotizaciones realizadas hasta el año 2014 influye sobre la efectividad de la pensión.

Las anteriores razones se consideran suficientes para confirmar también en este punto la sentencia de primera instancia.

6. -Costas y agencias en derecho

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la entidad demandada, en virtud a que no prosperó el recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas, igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de $592.178 pesos 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 Once Administrativo Oral del Circuito de Tunja de fecha 10 de octubre 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 COLPENSIONES, la suma de $592.178 pesos.

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

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

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrado

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 20 de hoy 08 FEB 2019
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
Sala Dual de Decisión No. 6

Magistrado Ponente: **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Tunja, 06 FEB 2018

REFERENCIAS

ACCION:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
EXPEDIENTE No:	150013333013201300196-01
ACCIONANTE:	MUNICIPIO DE GUATEQUE
ACCIONADO:	SOCIEDAD COMERCIAL COELSI LTDA.
ASUNTO:	**APELACION RECHAZO DEMANDA DE RECONVENCION**

==========

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto de fecha 25 de agosto de 2014 proferido por el Juzgado Trece Administrativo de Tunja, mediante el cual se rechazó la demanda de reconvención interpuesta por la sociedad COELCI LTDA, al haber operado el fenómeno de la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

I. ANTECEDENTES

1. El municipio de Guateque por intermedio de apoderada judicial, y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del C.P.A.C.A., instauró demanda contra la empresa COELCI LTDA, con el fin de que se declare la terminación anticipada del contrato No. 09 de 2011 suscrito entre las partes antes mencionadas, y que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la parte demandada que consigne de manera inmediata los dineros a que haya lugar en favor del ente territorial demandante. (Fls. 2-9)

2. El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Trece Administrativo de Tunja, quien mediante auto del 25 de septiembre

de 2013, inadmitió la demanda al establecer que no se determinaba con precisión lo que pretendía la parte actora (Fls. 78-79), razón por la cual ésta, mediante escrito del 03 de octubre de 2013, procedió a subsanar las irregularidades advertidas. (Fls. 81-85)

3. Como consecuencia de lo anterior, el juzgado de conocimiento mediante auto del 16 de octubre de 2013 admitió la demanda, procediendo a dar traslado de la misma a la parte demandada (COELSI LTDA) en los términos del artículo 199 del CPACA. (Fls. 90-91)

4. Dentro del término de traslado, COELSI LTDA, por intermedio de apoderado judicial, dio contestación a la demanda (Fls. 112-119). De igual manera, procedió a formular demanda de reconvención en contra del ente territorial demandante. (Fls. 126-134)

5. Posteriormente, el Juzgado Trece Administrativo de Tunja, mediante auto del 25 de agosto de 2014, se refirió a la demanda de reconvención que fue interpuesta por la sociedad COELSI LTDA en contra de la parte demandante, concluyendo que la misma había sido interpuesta por fuera del término legal, razón por la cual resolvió rechazarla al considerar que había operado el fenómeno de la caducidad. (Fls. 211-213)

II. LA PROVIDENCIA APELADA

En la providencia recurrida, el *A quo* consideró que si bien el apoderado de la parte demandada (COELSI LTDA) presentó demanda de reconvención dentro del término de traslado de la demanda principal, esto es, el 09 de junio de 2014; no obstante, dicho escrito no cumplía con los criterios señalados en el artículo 164 y 165 del CPACA.

En efecto, en lo que respecta al presupuesto de caducidad del artículo 164 *ibídem,* sostuvo que si bien la demanda de reconvención se presentó en el término de traslado de la demanda principal, tal como lo indica el artículo 177 de la Ley 1437 de 2011, no ocurría lo mismo respecto de la oportunidad para presentar el medio de control de controversias contractuales, de conformidad con lo señalado en el literal j) del artículo 164 del CPACA.

Así las cosas, señaló que para el caso en estudio, teniendo en cuenta que no se puede establecer de forma certera la fecha de ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que dieron lugar a

la controversia, era necesario fijar como tal, el día 16 de enero de 2012, fecha en la cual se emitió el acta de suspensión del plazo de ejecución del contrato, como quiera que a partir de dicho momento se corroboró la imposibilidad de seguir ejecutando el objeto contractual.

Atendiendo a lo expuesto, el juez de primera instancia sostuvo que el término legal para presentar la demanda transcurrió entre el 17 de enero de 2012 (día siguiente a la decisión de suspensión del contrato), hasta el 17 de enero de 2014, por lo que al haberse presentado la demanda de reconvención el 09 de junio de 2014, ello implicó que los dos años de que trata el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, se encontrara superado.

Ahora bien, en lo que respecta a lo señalado en el artículo 165 *ibídem*, el *A quo* manifestó que la demanda de reconvención constituye una acumulación de pretensiones, de forma que para su cumplimiento se deben verificar los requisitos señalados en el numeral 3 del artículo antes mencionado, el cual indica que se podrán acumular pretensiones siempre *"Que no haya operado el término de caducidad respecto a alguna de ellas".*

Conforme a lo expuesto, concluyó que atendiendo a que la demanda de reconvención fue presentada cuando había operado el fenómeno de la caducidad del medio de control de controversias contractuales, resultaba procedente el rechazo de la misma.

III.EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación (Fls. 220-222), argumentado que si bien es cierto que el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA hace referencia a que el término de los 2 años para la caducidad del medio de control de controversias contractuales se empieza a contar desde el momento de la ocurrencia de los hechos, también lo es que el mismo artículo establece unas reglas especiales para contar el término ya señalado.

Que conforme a lo anterior, se debía tomar en cuenta la regla especial cuando se está frente a uno de los eventos a que hace referencia el artículo en mención, y que en ese sentido, teniendo en cuenta que el contrato celebrado entre las partes es de aquellos que de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 son de los que requieren liquidación, hay que aplicar las reglas previstas en el

artículo 164 del CPACA, por lo que para el caso en estudio el término de caducidad se tenía que contabilizar a partir del momento en que se efectuara la liquidación bilateral o unilateral, según el caso, o en su defecto, a partir de cumplido el término de 2 meses contados a partir del vencimiento del plazo para hacerlo de manera bilateral.

Así las cosas, que atendiendo a que no se ha realizado la liquidación del contrato, no se podía contar la caducidad a partir del momento a que hizo referencia el *A quo,* toda vez que el mismo omitió la reglas especiales consagradas en el artículo antes mencionado, pero que así no fuera liquidable, habría que aplicar la regla consistente en que el término de caducidad se empezaría a contar desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa.

Por todo lo expuesto, sostuvo que no era cierto que para el caso en estudio hubiera operado el fenómeno de la caducidad, que por el contrario el juez de primera instancia equivocó el criterio para contar el respectivo término. (Fls.220-222)

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática en discusión, la Sala abordará, en su orden, ***i.*** el problema jurídico y finalmente, ***ii.*** el estudio y la solución de caso en concreto.

II. 1 Problema Jurídico

En esta ocasión, la Sala deberá resolver si para el caso en estudio la demanda de reconvención que fue presentada por la sociedad demandada COELSI LTDA en contra del municipio de Guateque quien actúa como parte demandante, se presentó dentro del término legal, o si por el contrario, frente al caso en estudio operó el fenómeno de la caducidad.

II. 2 Estudio y Solución del Caso Concreto

2.1 Del fenómeno de la caducidad.

El derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, se ha garantizado gracias al establecimiento de diferentes procesos

y jurisdicciones, lo que comporta el deber de una pronta actuación. Al efecto, se han establecido legalmente diversos términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción[1].

Así, el fenómeno de la caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción, con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad que tiene el conglomerado social de obtener seguridad jurídica y evitar la paralización del tráfico jurídico.

En esa medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario, apunta a la protección del interés general[2]. Por ende, se trata de una institución de orden público, lo que permite colegir que es irrenunciable y que puede ser declarada de oficio por el juez cuando este la devele. Por ello, la fijación de términos de caducidad para las acciones contencioso administrativas[3], si bien implica una limitación al derecho de los individuos para interponerlas, está encaminada a asegurar la eficacia de los derechos de las personas, racionalizando el acceso a la administración de justicia.

En relación con la caducidad de la acción desde tiempo atrás la jurisprudencia del H. Consejo de Estado la ha definido como el fenómeno jurídico en virtud del cual el respectivo usuario de la justicia, pierde la facultad de accionar, es decir, de llevar sus desavenencias o pretensiones ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho a demandar dentro del término señalado en la ley. Debe entenderse que dicho término *"está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no hacerlo en aras de la seguridad jurídica"*[4]

2.2 De la demanda de reconvención.

---

[1]Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 24 de marzo de 2011, C.P., Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, Radicado No. 68001-23-15-000-2001-01188-02(1389-10)

[2] Sentencia C- 115 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

[3] Sentencia C- 351 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 23 de junio de 2011, C.P., Dr. Hernán Andrade Rincón, Radicado No. 23001- 23-31-000-1998- 09155- 01(21093)

Se debe recordar que con la demanda de reconvención se busca evitar la proliferación de procesos, a efectos de garantizar el principio de economía procesal, advirtiendo que la misma no se dirige contra las pretensiones del demandante, sino que a través de ella se formula unas nuevas en su contra, quien en dicha situación adquiere la calidad de demandado, ello implica entonces que la misma es autónoma y, por lo tanto, el término de caducidad es independiente y no se interrumpe con la presentación de la demanda principal. Al respecto, el H. Consejo de Estado sostuvo:

> *"Si bien es cierto que, tal y como lo dispone el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, el termino de caducidad de la acción, en cuanto a quienes hicieron parte del Consorcio S.O.T. se refiere, se interrumpió con la presentación de la demanda principal, no es posible señalar que dicha interrupción hubiere operado también para la demanda de reconvención, dado que ésta, como se indicó, es de carácter autónomo.*
>
> *En virtud de todo lo expuesto, concluye la Sala que en aplicación de lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, la demanda de reconvención interpuesta por la sociedad INTERCONEXION ELECTRICA S.A E.S.P. - ISA E.S.P, como los hizo el a quo, debe ser rechazada, toda vez que respecto de ésta operó el fenómeno jurídico de la caducidad, circunstancia que impone confirmar la decisión impugnada."*[5]

Dicha figura procesal se encuentra regulada en el artículo 177 del CPACA, manteniendo la posibilidad de que el demandado formule demanda de reconvención, siempre y cuando: 1) se formule en el término de traslado de la demanda; 2) se promueva contra uno o varios demandantes; 3) las pretensiones sean competencia del mismo juez que conoce de la demanda inicial, y 4) las pretensiones de la contrademanda puedan adelantarse por el mismo procedimiento que las súplicas de la demanda inicial.

Conforme a lo anterior, si bien es cierto que el artículo en mención establece la posibilidad para que el demandado presente demanda de reconvención dentro del término de traslado de la demanda, también lo es, que el ejercicio de tal derecho sólo es posible si se hace antes de que se haya configurado la caducidad del respectivo medio de control, pues debe recordarse tal como se mencionó líneas atrás, que la demanda de reconvención es una acción

[5] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, sentencia del catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013) Rad. 45191 Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón.

autónoma, que no pretende atacar las pretensiones de la demanda principal, sino que está encaminada a obtener el reconocimiento de pretensiones diferentes.

2.3 Del caso concreto

Para el caso en estudio, se debe señalar que la demanda de reconvención presentada por la sociedad COELSI LTDA en contra del municipio de Guateque quien actúa como parte demandante, fue presentada dentro del término de traslado de la demanda principal, teniendo en cuenta que este plazo trascurrió entre el 05 de mayo y el 16 de junio de 2014 (Fl. 111), y la aludida demanda fue presentada el 09 de junio del mismo año, dando cumplimiento a lo señalado en el artículo 177 del CPACA.

Sin embargo, tal como se señaló líneas atrás, el ejercicio de tal derecho no solo depende de que la demanda de reconvención se haya presentado dentro del término de traslado, sino también de que dicha posibilidad se ejerza antes de que se configure la caducidad del respectivo medio de control, asunto central sobre el que gira la controversia en esta instancia.

En efecto, mientras el *A quo* sostiene que la demanda de reconvención no se presentó dentro del término señalado en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, la parte recurrente argumenta que al ser un contrato que debía ser liquidado, no se podía contabilizar la caducidad en la forma en que lo hizo el juez de primera instancia, sino que debía darse aplicación a las reglas especiales contenidas en el mencionado artículo, y aunque no especifica cual es la regla especial que debe aplicarse, se entiende que hace referencia a la señalada en el literal v) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Pues bien, para efectos de resolver el asunto en estudio, se hace necesario hacer un análisis de las situaciones fácticas ocurridas antes y después de la suscripción del acta de suspensión del plazo de ejecución del contrato de obra pública 09 de 2011.

Así las cosas, se debe señalar que mediante documento del 22 de noviembre de 2011, las partes suscribieron acta de inicio del contrato de obra pública No. 09 de 2011 (Fl. 23). Posteriormente, mediante escrito del 16 de enero de 2012, las partes de común acuerdo decidieron suspender de manera indefinida el plazo de ejecución del contrato 09 de 2012, ya que según se estipuló en el respectivo documento, se debían resolver controversias

presentadas en la ejecución del contrato, así como la viabilidad técnica para la modificación del objeto contractual (Fl. 25), circunstancias que imposibilitaban continuar con su ejecución normal.

Como consecuencia de la anterior situación, el asesor de contratación del municipio de Guateque, mediante escrito del 06 de junio de 2012, le extendió una invitación al representante legal de COELSI LTDA para efectos de realizar una reunión el día 14 de junio siguiente, a efectos de exponer las medidas necesarias para superar las diferencias que dieron lugar a la suspensión del contrato 09 de 2011, y así poder reiniciar el plazo de ejecución del mencionado negocio jurídico. (Fl. 59)

Una vez llegado el día antes señalado, el municipio de Guateque expuso su preocupación porque a la fecha no se había reiniciado el plazo de ejecución del contrato de obra pública 09 de 2011, diligencia que finalizó sin arreglo alguno, lo que indica que para tal fecha el aludido negocio jurídico seguía suspendido al no haberse superado las diferencias que dieron lugar a dicha medida. (Fl. 61)

Posteriormente, el representante legal de COELSI LTDA, mediante derecho de petición del 16 de agosto de 2012, le advirtió al Alcalde municipal de Guateque del incumplimiento del contrato de obra pública 09 de 2011 en el que se encontraba incurso, al no haber entregado los diseños de los salones comunales, solicitándole en consecuencia la entrega de los mismos a efectos de poder continuar con la ejecución normal del mencionado negocio jurídico, (Fls. 180-183) sin que se advierta que el mismo hubiere sido contestado por parte del mencionado burgomaestre.

Finalmente, el Alcalde del municipio de Guateque citó al representante legal de COELSI LTDA a una reunión el día 21 de agosto de 2012, sin que el primero asistiera a dicha diligencia. (Fl. 168)

Pues bien, una vez efectuado un recorrido sucinto de lo ocurrido antes y después de la suscripción del acta de suspensión del contrato de obra pública No. 09 de 2011, resulta necesario hacer varias observaciones.

Teniendo en cuenta que las partes, mediante acta del 16 de enero de 2012, decidieron suspender de manera indefinida el plazo de ejecución del contrato, por cuanto se debían resolver controversias presentadas en la ejecución del mismo, dicha situación haría pensar en principio, que la misma fue acordada de manera indefinida, por

lo que se haría imposible determinar la fecha en la que la causa que dio lugar a la suspensión pudo quedar superada o no, haciéndose necesario, ante dicha laguna, contabilizar el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales a partir de la fecha de suscripción de la aludida acta, tal como lo hizo el *A* quo.

Sin embargo, si bien es cierto que la suspensión acordada de común acuerdo por las partes no estuvo sujeta a plazo alguno, es decir, que esta se pactó de manera indefinida, lo cierto es que no resulta acertado tomar como fecha de inicio para el computo de la caducidad, el día de la suscripción de la aludida suspensión, lo cual ocurrió el 16 de enero de 2012, pues tal como se advirtió líneas atrás, con posterioridad a dicha fecha las partes siguieron en conversaciones para efectos de conciliar las diferencias y así lograr reanudar la ejecución del referido negocio jurídico.

En efecto, se encuentra demostrado que con posterioridad al 16 de enero de 2012, el Alcalde municipal de Guateque invitó al representante legal de COELSI LTDA, para que se reunieran el 14 de junio del mismo año a efectos de buscar soluciones que dieran lugar a reanudar el término de ejecución del contrato de obra 09 de 2011, diligencia en la cual no se llegó a ningún acuerdo; razón por la cual, el contratista mediante derecho de petición del 16 de agosto de 2012, luego de advertirle al ente territorial ya mencionado de su posible incumplimiento contractual por la no entrega de los estudios y diseños de los salones comunales, le solicitó la entrega de los mismos, para así poder continuar con la ejecución del objeto contractual, sin que se obtuviera respuesta alguna.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el contratista (COELSI LTDA) sólo hasta el 16 de agosto de 2012 le advirtió al Alcalde del municipio de Guateque del posible incumplimiento contractual en que se encontraba incurso, sumado al hecho de que una de las pretensiones de la demanda de reconvención está dirigida precisamente a que se declare que el mencionado ente territorial incumplió el contrato de obra 09 de 2011, debe concluirse que es a partir de la radicación del mencionado derecho de petición (16 de agosto de 2012), que debe contabilizarse el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, pues fue allí donde se materializó la causa que dio lugar a la suspensión.

En ese sentido, se reitera que no es a partir de la fecha de suscripción de la suspensión ya mencionada que se debe contabilizar la caducidad del respectivo medio de control, pues si bien es cierto que la misma se pactó de manera indeterminada, lo

cierto es que con posterioridad a dicho momento, las partes siguieron ejecutando actos tendientes a superar dicha situación, y fue sólo hasta el momento de radicación del derecho de petición del 16 de agosto de 2012, cuando el contratista advirtió del posible incumplimiento contractual por parte del ya mencionado ente territorial, situación que sumada al hecho de que la pretensión de la demanda de reconvención está encaminada a que se declare que el municipio de Guateque incumplió el aludido negocio jurídico, hace que el término de caducidad deba contarse a partir de dicha fecha.

Así las cosas, independientemente de si el contrato de obra pública No. 09 de 2011, se encontraba sujeto a liquidación o no, lo cierto es que contabilizando el término de caducidad desde la fecha de radicación del derecho de petición en el que el contratista advirtió de un posible incumplimiento por parte del ente territorial (16 de agosto de 2012), al momento de la presentación de la demanda de reconvención, se advierte que la misma fue radicada dentro del término legal, tal como a continuación se pasa a exponer.

En efecto, atendiendo a las circunstancias fácticas que se dieron en el caso en estudio, para el cómputo de la caducidad del medio de control de controversias contractuales en el caso concreto, se dará aplicación a la regla general señalada en el literal j) del numeral 2) del artículo 164 del C.P.A.C.A., tal como lo hizo el *A* quo, disposición que señala: *"j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contaran a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento."*

En ese sentido, tomando como fecha de ocurrencia de los hechos el 16 de agosto de 2012, momento en la cual el contratista radicó derecho de petición ante el Alcalde de Guateque, advirtiéndole del posible incumplimiento contractual por la no entrega de los estudios y diseños de los salones comunales, se tiene que la parte demandada contaba hasta el 17 de agosto de 2014 para efectos de presentar dentro del término legal la correspondiente demanda de reconvención, lo cual sucedió el 09 de junio de 2014, esto es, dentro del término legal.

En conclusión, se puede afirmar que la demanda de reconvención que fue formulada por la sociedad COELSI LTDA en contra del municipio de Guateque, fue presentada cuando aún no había operado el fenómeno de la caducidad.

Finalmente, conforme al memorial poder visto a folio 266, en el que el Alcalde municipal de Guateque le confiere poder a la abogada

JENNYFHER MILENA LASPRIELLA BECERRA, para actuar como apoderada judicial del mencionado ente territorial, se le reconocerá personería para actuar en nombre del aludido municipio en los términos del poder conferido (Fl. 337)

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Dual No 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá.

III. RESUELVE:

REVOCAR el auto del veinticinco (25) de agosto de 2014 proferido por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Tunja en el proceso de la referencia, a través del cual se rechazó por caducidad la demanda de reconvención que fue formulada por la sociedad COELSI LTDA en contra del municipio de Guateque, y en su lugar se dispone:

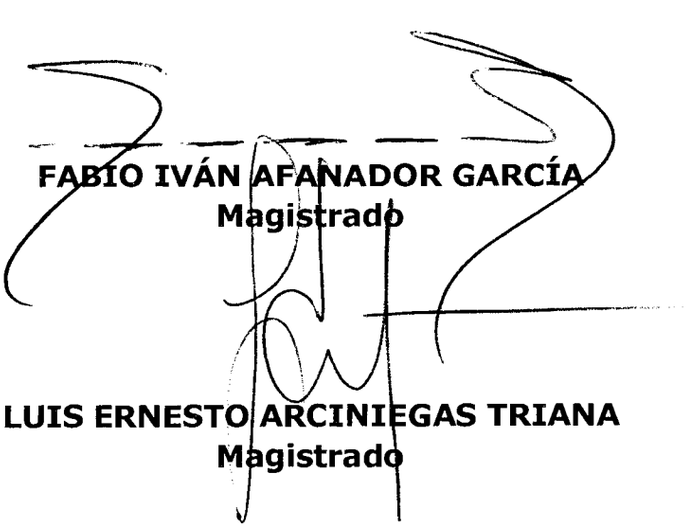
PRIMERO.- ADMITIR la demanda de reconvención que presentó la sociedad COELSI LTDA a través de apoderado judicial contra el Municipio de Guateque.

SEGUNDO.-RECONOCER personería a la abogada JENNYFHER MILENA LASPRIELLA BECERRA identificada con C.C. No. 46.384.029 y T.P No. 211.316 del C.S.J, para actuar como apoderada judicial del municipio de Guateque, en los términos del poder conferido.

TERCERO.- Sin costas en esta instancia.

CUARTO.-Envíese al Juzgado de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 20 de hoy, 08 FEB 2019
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 1

Magistrado Ponente **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Tunja, 06 FEB 2018

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL:	REPARACION DIRECTA
DEMANDANTE:	GONZALO LEMUS JAIMES Y OTROS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE TUNJA, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE BOYACÁ, PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A., MINISTERIO DE VIVIENDA, FINDETER S.A., MINISTERIO DE AMBIENTE
RADICACION:	150013333013**201400041-01**

==========

Se decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra decisión proferida en audiencia inicial, el 03 de febrero de 2017, por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad del medio de control.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA. (Fls.84-114)

Gonzalo Lemus Jaimes, Felipe González Angarita, Ramón Enrique Galvis Gutiérrez, Nidia Azucena Gamboa Vera y Sonia Chaparro, miembros del extinto Consorcio La Esperanza, actuando a nombre propio y junto con sus respectivos círculos familiares, por conducto de apoderada judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, Financiera de

Desarrollo Territorial S.A. FINDETER, Municipio de Tunja, Proactiva Aguas de Tunja y la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, con el propósito que se declaren administrativa, civil y extracontractualmente responsables, por perjuicios ocasionados por la acción y omisión en que incurrieron respecto a la *autorización del uso de suelo sin restricción alguna en el Concepto Técnico y Localización del proyecto de la Urbanización Portal de Otoño, licencias de urbanismo y construcción, inspección y control de obras, certificado de radiador enajenador para las ventas de las casas, certificados de elegibilidad y Registro de Oferentes, supervisión, responsabilidad ambiental ecológica y social de los recursos naturales renovables, negligencia en el adecuado manejo del drenaje, transporte y disposición de aguas lluvias, el mantenimiento de los residuos sólidos, la falta de actualización del plan maestro de alcantarillado que han contribuido al florecimiento de los daños y perjuicios actuales y futuros con ocasión de la construcción de la URBANIZACIÓN PORTAL DE OTOÑO del Municipio de Tunja, en un área de RESTAURACIÓN ECOLÓGICA Y CONSERVACIÓN URBANÍSTICA MAS AMENAZAS CÁRCAVAS*[1].

La parte demandante realizó las siguientes afirmaciones sobre los hechos:

__ Señalaron que mediante documento privado constituido el 14 de enero de 2004, celebraron contrato de consorcio con el propósito de adquirir terreno con matricula inmobiliaria 070-118581, para destinarlo a la construcción de 165 unidades de vivienda de interés social.

__ El trámite de solicitud de licencias se adelantó ante la Curaduría Urbana N° 2, con la presentación del proyecto urbanístico en primera y segunda etapa, sin aparente observación acerca de restricciones del uso del suelo; posteriormente, con el visto bueno de la administración municipal se otorgaron las licencias correspondientes para la ejecución del proyecto.

__ En abril de 2011, y con ocasión del fenómeno de la Niña 2010-2011, en el zanjón de la parte alta por donde pasa la vía que conecta a los barrios Cooservicios, Portal de Otoño, Bachué, Jordán, entre otros, se inundó la vía con hundimientos del terreno de gran magnitud y sus alcantarillas a rebosar, cuyo exceso de aguas lluvias produjo infiltraciones de aguas de escorrentías por ese zanjón, con residuos sólidos, desechos, que conducían a Cooservicios, con el empozamiento de la cancha de Cooservicios, contigua a Portal de Otoño que trajo como consecuencias, daños severos en las casas de la Urbanización Portal de Otoño.

[1] *Fol. 5 cuaderno principal*

__ Los miembros del otrora Consorcio La Esperanza fueron objeto de múltiples acusaciones, señalamientos, persecuciones y difamaciones, pues se les consideró directos responsables por los daños que se ocasionaron, lo cual les produjo congoja y situaciones de depresión y angustia a ellos y a sus respectivos círculos familiares, adicionalmente tuvieron que comparecer ante distintas instancias judiciales (acción popular, proceso penal, procesos contenciosos y de responsabilidad civil, entre otros) como supuestos responsables, lo cual les acarreó altos gastos de representación judicial, diligencias judiciales, movilizaciones continuas, etc. Producto de todo esto su actividad económica se vio seriamente afectada, pues a raíz de los señalamientos se redujeron considerablemente las posibilidades de negocio y laborales, causando graves perjuicios de carácter económico.

__ En el curso de acción popular, instaurada por una propietaria de la Urbanización Portal de Otoño contra el Municipio, la Curaduría Urbana N° 2 y el Consorcio La Esperanza, la Oficina de Planeación en febrero 22 de 2012 en oficio dirigido al Juzgado Tercero Administrativo de Tunja, certifica que revisado el plano P-42, el predio donde se construyó la Urbanización presenta 3 tipos de área, entre ellos el de Protección Ambiental Amenazas Cárcavas, que de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial, allí era prohibido el emplazamiento de construcciones. Lo anterior, con finalidad de manifestar el momento en que los accionantes conocieron del alegado daño.

I.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA. (Fls. 1254-1262)

El Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Tunja, mediante providencia emitida el 03 de febrero de 2017, declaró probada la excepción de caducidad propuesta por Proactiva, Corpoboyacá, Municipio de Tunja, Minvivienda, Findeter; exponiendo las siguientes razones.

En el presente asunto se configuró un daño continuado, pues a su juicio, el menoscabo sufrido se prolongó en el tiempo, siendo casi imposible individualizar el momento preciso en el que se originó el daño alegado. En virtud de lo anterior, dedujo que la ocurrencia del daño debía determinarse por el momento en el cual los afectados pudieron conocer del referido daño.

Los demandantes señalaron tener conocimiento del daño el 22 de febrero de 2012, cuando la Oficina de Planeación Municipal certificó que el predio de la Urbanización Portal de Otoño tenía 3 áreas de ocupación, entre ellas, el de protección ambiental amenazas de cárcavas y que el predio era de restauración ecológica, restauración urbanística y presentaba amenaza denominada erosión por escorrentía superficial.

Sin embargo, producto de un análisis del material probatorio allegado al proceso, el A quo advirtió que los demandantes tuvieron conocimiento previo al momento señalado, toda vez que, en la pretensión segunda del libelo introductorio solicitaron la reparación del daño ocasionado por lucro cesante correspondiente a salarios desde el año 2011, así mismo, allegaron soportes que demostraban el conocimiento del daño desde dicha época, tal como el poder otorgado el 5 de febrero del 2011 a un profesional en derecho para que ejerciera asesoría integral y representación frente a los inconvenientes que venían surgiendo desde aquella época.

También fue posible arribar a la conclusión de que los demandantes conocían del hecho dañoso previo al 2012, pues según la solicitud de conciliación y acta de conciliación prejudicial N° 2011-150, allegada por la Procuraduría 46 Judicial II, el terreno sobre el que se edificó la Urbanización Portal de Otoño yacía en zona de cárcava, razón por la cual, al parecer las viviendas habían colapsado.

Aunado a lo anterior, en la recepción del interrogatorio de parte del Señor Gonzalo Lemus Jaimes, afirmó no conocer las calidades del terreno sobre el cual se edificó la Urbanización, lo cual no resultó convincente al Juez de primera instancia, dada la amplia experiencia con la que contaba como Ingeniero Civil.

Finalmente, el A quo ofició a la parte demandante para que arrimara copia íntegra y auténtica del estudio de viabilidad realizado por SI Serinco, a comienzos del 2004, el cual fue allegado al proceso, permitiendo concluir que desde ese momento se advirtió la inestabilidad el terreno. Aunado a lo anterior, el A quo extrañó las razones por las que la parte demandante allegó el mentado estudio sin el folio 7, en el cual textualmente se mencionó la palabra "Cárcavas", lo cual se dedujo debido a que Findeter en su momento también allegó copia íntegra del señalado estudio, siendo posible evidenciar una posible mala fe y actuación reprochable por parte de la apoderada de los demandantes.

Con base en todo lo anterior, el Juez de primera instancia encontró probada la excepción de caducidad propuesta por las entidades demandadas, terminando de forma anticipada el proceso. Adicionalmente ordenó compulsar copias al Consejo Seccional de la Judicatura para que investigara las posibles faltas en las que haya incurrido la apoderada de la parte accionante.

I.3. DEL RECURSO DE APELACIÓN. (Min. 41:46 a 1:16:04)

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra del auto que declaró probada la excepción de caducidad

propuesta por las entidades demandadas, exponiendo los siguientes argumentos:

Manifestó que la acción se instauró estrictamente por los daños causados a los ex consorciados, dada la denominación de zona de restauración ambiental y ecológica del terreno sobre el cual se construyó la Urbanización Portal de Otoño, y no sobre la situación de cárcavas, pues no se construyó sobre dichas zonas de cárcava, ya que esos terrenos fueron cedidos y allí se erigieron las zonas de parqueo, cancha de basketball.

De igual manera, mencionó que el Municipio no manifestó en el escrito de contestación de demanda que la construcción se había adelantado quebrantando las normas nacionales y locales urbanísticas. Señaló además, que previo al 2009, no se presentaron demandas ni acciones de tipo jurisdiccional en contra de los consorciados.

Por otra parte, se opone firmemente a la decisión de compulsar copias ante el Consejo Seccional de la Judicatura, teniendo en cuenta que dicha omisión había obedecido a un error involuntario al momento de presentar la documentación. Adicionó que el mismo estudio se aportó de forma íntegra en su momento dentro del trámite de la acción popular como herramienta de defensa, por tanto, no existe interés alguno en ocultar la mentada página, pues la misma también contiene elementos que favorecen a los demandantes para probar eventualmente que los mismos actuaron en debida forma, siguiendo estrictamente los parámetros y lineamientos que el estudio presentaba.

Señaló también, que tanto el municipio como los consorciados conocieron de la existencia de cárcavas en el terreno mediante el ya señalado estudio, y aun así el municipio expidió la respectiva licencia para adelantar la construcción de la Urbanización; así mismo, solicitó se decretara prueba técnica dentro del trámite de decisión del recurso de alzada con la finalidad de acreditar que la construcción se adelantó atendiendo a las recomendaciones tanto del estudio de viabilidad de SI Serinco, como a las normas urbanísticas locales.

Respecto de la constancia de solicitud de conciliación prejudicial y acta de la diligencia, la parte demandante adujo que no puede ser tenida en cuenta, toda vez que, la misma no fue notificada satisfactoriamente, pues el oficio citatorio fue remitido al edificio Bancoquia de la ciudad de Bucaramanga, y para ese momento el consorcio ya había sido liquidado, por tanto no tenía sede en ese lugar, y como prueba aporta la certificación de envío y recepción de inter-rapidísimo.

Finalmente, indicó que no es cierto que los miembros del consorcio debieron conocer del contenido del oficio AP-62.5.I.-1566/2011

expedido por la Oficina de Planeación del Municipio de Tunja, que contiene el certificado de uso de suelos del predio objeto de estudio, pues ni los propietarios de viviendas del Portal de Otoño, ni los demandados adujeron en ningún momento conocer el documento en las diferentes acciones judiciales adelantadas.

II. CONSIDERACIONES

Vistas las diligencias, la Sala no accederá al recurso interpuesto por la parte demandante y confirmará la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia sobre la excepción de caducidad del medio de control, por las razones que se expondrán a continuación:

II.1. Lo debatido y el problema jurídico.

Los demandantes pretenden que se declare a las entidades demandadas extracontractualmente responsables, por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la autorización del uso de suelo sin restricción alguna en el Concepto Técnico y Localización del proyecto de la Urbanización Portal de Otoño.

Por su parte, el A quo indicó que las pruebas obrantes en el expediente permitieron advertir que desde el mes de febrero de 2004, cuando el Consorcio La Esperanza presentó la documentación para pedir la licencia de construcción, tenían conocimiento de las condiciones de inestabilidad del terreno y la presencia de cárcavas en este.

La recurrente expuso que en el curso de la acción popular de 2009 no se mencionó la existencia de cárcavas en el predio de la urbanización Portal de Otoño, así mismo, manifestó que antes de dicho año jamás existieron demandas en contra del Consorcio por las fallas en las viviendas. Reiteró que en el POT de la época no estaba consignada la presencia de cárcavas, razón por la cual, los demandantes no advirtieron dicha situación desde el 2004, sino que, ello se configuró con el oficio emitido por la Secretaría de Planeación en el año 2012, en el cual se indicó que en el POT si se encontraba afectado dicho predio.

Con el fin de determinar si en el presente caso se configuró o no la excepción de caducidad del medio de control, la Sala desarrollará los siguientes puntos: *i)* del fenómeno jurídico procesal de la caducidad; *ii)* cómputo del término de caducidad en el medio de control de reparación directa y; *iii)* el estudio del caso concreto.

II.2 Fenómeno jurídico procesal de la caducidad.

Se ha dicho que la caducidad de la acción es una institución de estirpe eminentemente procesal. Ella implica la extinción del derecho de acción cuando el litigante ha dejado transcurrir el plazo fijado por el legislador y no ha acudido a través de la acción a reclamar de la jurisdicción la resolución de una controversia. Tradicionalmente, el fenómeno de la caducidad se ha considerado como una sanción a la pretermisión del litigante, pues con ella se presume que ha desistido o abandonado su interés para acudir al aparato jurisdiccional.

Además de lo expuesto, el fenómeno procesal analizado debe ser tenido en cuenta como una herramienta tendiente a garantizar principios como el interés general y la seguridad jurídica, pues busca que la persona interesada en acudir a la administración de justicia, realice las gestiones necesarias para tal fin, dentro de un tiempo determinado, evitando que pueda extenderse de manera indefinida la potestad dispositiva de los derechos litigiosos, aspecto que en últimas les brinda efectividad, en este sentido, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

> *"La caducidad es una institución que tiene su razón de ser en la seguridad y en la temporalidad, buscando que el ejercicio del derecho de acción por parte del interesado se ejerza dentro de un determinado tiempo, y que por parte de la administración de justicia la discusión esté limitada y no sometida indefinidamente a voluntad del accionante.*
>
> *Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia."*[2]

En la jurisdicción Contencioso Administrativa, el numeral 2° literal i) del artículo 164 del CPACA, señala la oportunidad para presentar la demanda, o el término de caducidad de la pretensión reparación directa, siendo el mismo de dos (2) años *"contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia".*

---

[2] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", fallo de fecha 13 de febrero de 2014, Radicación número: 66001-23-31-000-2011-00117-01(0798-13); Magistrado Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.*

De la norma en comento, es posible inferir que existen dos parámetros desde los que se ejerce el cómputo de la caducidad, el primero de materialización del daño y el segundo del conocimiento, la última con la clara condición en que la víctima no hubiese por ningún medio conocer del acaecimiento del daño al momento de su ocurrencia.

II.3. De los momentos a partir de los cuales se inicia el cómputo de la caducidad.

Según lo normado en el literal i) numeral 2º del artículo 164 del CPACA, *"Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia."*

Debe notarse que la norma hace referencia a dos momentos para el inicio del cómputo de la caducidad: la ocurrencia de la acción u omisión administrativa causante del daño, y el conocimiento del daño por parte del afectado, caso en el cual deberá probar la imposibilidad de su conocimiento previo.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha decantado que entre la ocurrencia de la acción u omisión generadora del daño y la fecha de conocimiento del mismo, existe un momento intermedio a partir del cual opera también el inicio del cómputo de caducidad, siendo este, el momento del nacimiento o consolidación del daño.

El Consejo de Estado ha manifestado:

> *"Ahora bien, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios sólo surge a partir del momento en que éstos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daño que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria."*[3]

Fácticamente, puede ocurrir que la administración despligue una acción u omisión que genere un daño, pero que éste sólo nazca en forma posterior a la acción administrativa. Del mismo modo, y al tenor de lo normado por el literal i) numeral 2º del artículo 164 del CPACA, es posible que tal daño posterior no pueda ser conocido por el interesado al momento de su nacimiento, sino solamente tiempo después.

---

[3] *Sentencia del 16 de agosto de 2001, Expediente 13.772 (1048), mencionado en la Sentencia del 13 de febrero de 2003, Expediente 13237 (Rad. 2555), M.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, citado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00451-01(20109), Actor: Reinel Orozco Campo y Otros, Demandado: Instituto Nacional De Vías, Referencia: Acción de Reparación Directa*

Así las cosas, para identificar el momento en que debe iniciarse el cómputo de la caducidad, lo primero es identificar si para el caso concreto la actuación u omisión de la administración coincide con el nacimiento del daño y con el conocimiento del perjuicio, pues en el caso donde no coincidan estos tres eventos, prevalecerá el momento del nacimiento del daño al del despliegue de la acción administrativa, y en todo caso se sobrepondrá el momento del conocimiento del daño al de la consolidación del mismo, cuando se demuestre en el caso concreto que el mismo no pudo ser conocido en forma previa. Lo anterior, en orden salvaguardar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

Ha dicho el Consejo de Estado:

> *"Es posible que, en algunas ocasiones, la concreción o conocimiento del daño sólo se produzca con posterioridad al tiempo de acaecimiento de los hechos dañosos fundamento de la acción, circunstancias en las que se empezará a contar el término de caducidad a partir del momento en que alguna de aquéllas [concreción o conocimiento del daño] tenga ocurrencia, pues, de lo contrario, se estaría cercenando la posibilidad del acceso a la administración de justicia (art. 228 C.P.) y, de otra parte, se colocaría a la persona que padece el detrimento en una situación de incertidumbre en relación con la posibilidad de solicitar la reparación del menoscabo padecido."*[4] *(Aclaración en corchetes y subrayado por fuera del original)*

II.4. Del estudio del caso concreto.

En el presente asunto se demostró que Ramón Enrique Galvis Gutiérrez, Sonia Chaparro García, Mary Georgina Vanegas Castro y Gonzalo Lemus Jaimes, constituyeron el Consorcio La Esperanza con el fin de adquirir un Lote con área aproximada de 21.160.82 metros cuadrados, y matrícula inmobiliaria 070.118.581 de la oficina de registro e instrumentos públicos de la ciudad de Tunja para la construcción de 165 unidades de viviendas de interés social. (Fls. 101-103 Anexo 1)

Así mismo, que mediante escritura pública N° 0415 del 30 de enero de 2004, se transfirieron a título de compraventa los derechos de propiedad del bien inmueble con matrícula inmobiliaria 070.118.581 a favor del Consorcio La Esperanza. (Fls. 95-97 Anexo 1)

El 23 de febrero de 2004, la Oficina Asesora de Planeación emitió el concepto técnico y localización Numero CP-001-04, el cual se indicó que *"el predio No. 01-03-0280-0006-000 según el plano P-42 de uso de suelo urbano se ubica en un uso UPREU1".* Así mismo, allí se indicó que

---

[4] *Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número: 76001-23-31-000-2005-04726-01(32935), Actor: Cooperativa Multiactiva De Los Trabajadores De Las Empresas Municipales De Cali -COVIEMCALI- Demandado: Municipio De Santiago De Cali, Referencia: Acción De Reparación Directa.*

"de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo municipal No. 014 del 31 de mayo de (sic), por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial para el Municipio de Tunja, basados en la información suministrada OTORGA la viabilidad técnica y de localización al proyecto: URBANIZACION PORTAL DE OTOÑO." (Fl. 2-3)

Luego, mediante Resolución No. 0075 del 26 de febrero de 2004, el Curador Urbano No. 2 de Tunja otorgó licencia de urbanismo No. C2LU0054 primera etapa para la urbanización denominada Portal de Otoño. Ello, previo a la presentación del formulario de solicitud de licencia de urbanismo, el concepto técnico y de localización, escritura del predio, copia del folio de matrícula, copia del recibo de impuesto predial, planos de loteo con planos de áreas, planos de levantamiento topográfico, copia del ante proyecto aprobado por la Curaduría, certificado de disponibilidad de la empresa de energía, planos de acueducto y alcantarillado aprobados por Seraq.a., y recibo de pago de expensas (fls. 6-7).

Luego, se advierte que la entrega de las viviendas se realizó mediante actas suscritas por representantes del Consorcio y el Municipio de Tunja de fechas 22 de diciembre de 2004, 28 de septiembre de 2005, 20 de septiembre de 2007, 13 de enero de 2009. (fls. 193-194; fls.154-155; fls.204-205y fls. 244-245).

En el año 2010 se publicaron noticias a través de medios de comunicación escritos (el Tiempo y Boyacá 7 días), en donde se indicó la posible amenaza de colapso de las viviendas que conformaban la urbanización Portal de Otoño, debido a la existencia de cárcavas en los terrenos construidos (fls. 410-411).

Luego, el 31 de marzo de 2011, se emitió un fallo de primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Tunja, a través del cual se negaron las pretensiones que se propusieron con miras a que el Consorcio la Esperanza realizara las adecuaciones necesarias para prevenir el colapso de la viviendas que integraban la Urbanización Portal de Otoño (fl. 413-420).

El día 9 de septiembre de 2011 la apoderada del Consorcio la Esperanza –Yina Marcela Mayorga Chaparro- se notificó de la existencia de una solicitud de conciliación prejudicial presentada por algunos propietarios de las viviendas ubicadas en la Urbanización Portal de Otoño, así como de la realización de la audiencia de conciliación (fl. 1154 C- 2da instancia). Allí se indicó que la apoderada recibió copia del acta de la audiencia celebrada el mismo día (fl. 1151-1153).

Finalmente, mediante oficio No. A.P.62.5. T-0756/12 expedido por la Asesora de Planeación de Tunja, allegado a un proceso judicial en contra

de los ex integrantes del consorcio, se indicó que una parte de las viviendas que conforma la Urbanización Portal de Otoño fueron construidas en tres áreas de ocupación: área de protección ambiental amenazas por cárcavas, residencial exclusiva unifamiliar uno y residencial exclusiva unifamiliar-multifamiliar uno (fls. 429-431 anexo 1).

Una vez realizado el recuento cronológico de las situaciones fácticas que envuelven el caso concreto, la Sala determinará el momento a partir del cual debe contarse el término de caducidad, para ello, se deberá fijar cuál fue el hecho generador del daño, el daño y la fecha de conocimiento de este.

El daño en sí mismo consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado, y la antijuridicidad de mismo significa que no debe ser soportado por el administrado, toda vez que, es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es irrazonable independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración.

El concepto de daño está directamente ligado con la concepción de un interés jurídicamente tutelado; este se causa cuando se afecta un bien patrimonial o no, que representa un interés jurídico tutelado, es decir, que la misma normatividad lo contempla como una garantía inquebrantable. Así, quien pretenda demostrar la existencia y reparación de un daño ocasionado debe demostrar que este se produjo sobre una situación jurídicamente protegida o que dicha reparación se ampara en un título legítimo.

En el presente caso, los demandantes manifestaron que la afectación o el menoscabo sufrido consistió en *el descredito de los constructores, culpas, señalamientos, amenazas en sus vidas, ante las entidades públicas, privadas, merma laboral total, cierre de créditos en las entidades crediticias, represalias, persecución, demandas en juzgados de reparación directa, solicitud de devolución de subsidios, denuncias ante la fiscalía, por estafa, hurto, enriquecimiento sin causa, investigación por violación de las normas ambientales, sanciones, gastos, honorarios de abogado, ejecución de obras no atinentes a los exconsorciados, difamación pública en prensa, radio, televisión, enfermedades físicas, psíquicas, retraimiento, cuestionamientos sociales, señalando a todo el núcleo familiar.*

Ahora bien, el hecho generador del daño o hecho dañino consistió en la autorización realizada a través de la licencia de construcción para iniciar y llevar a cabo el proyecto denominado Urbanización Portal de Otoño, omitiendo la limitación jurídica a la propiedad que dicho predio contenía consistente en una ocupación por área de protección ambiental cárcavas

y restauración ecológica, lo cual produjo que la construcción realizada presentara fallas estructurales y afectación a quienes en esta habitaban, y las consecuencias sociales y legales para los demandantes que integraban el Consorcio La Esperanza.

Dicha autorización, a juicio de los demandantes, tuvo su origen en dos situaciones: *i).* la omisión al deber de cuidado y previsión de los demandados en la construcción del desarrollo urbanístico de la Urbanización Portal de Otoño y, *ii).* la omisión en el deber de cuidado, previsión, diligencia, recuperación, inspección y control, seguimiento de predios que tienen destino de áreas de protección ambiental cárcavas y restauración ecológica como es el predio de la Urbanización Portal de Otoño.

Ahora bien, los demandantes manifestaron haber tenido conocimiento de la afectación al predio a través de la expedición del oficio No. A.P.62.5. T-0756/12 por parte de la Asesora de Planeación de Tunja, en el cual se indicó que una parte de las viviendas que conforma la Urbanización Portal de Otoño fueron construidas en tres áreas de ocupación: área de protección ambiental amenazas por cárcavas, residencial exclusiva unifamiliar uno y residencial exclusiva unifamiliar-multifamiliar uno (fls. 429-431 anexo 1).

Sobre la afectación jurídica a un predio, la Sala dirá lo siguiente:

Existen diversas figuras que limitan de manera legítima el derecho a la propiedad. La intervención estatal resulta ser absolutamente intensa y rigurosa cuando se trata de la expropiación, figura definida como una institución reglamentada en el ordenamiento jurídico cuyas reglas deben ser de estricta observancia para garantizar a los particulares que en caso de que el Estado pretenda tomar su propiedad ello se hará atendiendo las razones de utilidad pública establecidas legalmente y mediante el pago de una indemnización justa y previamente reconocida.

Con menor intensidad se encuentra la intervención estatal a la limitación de la propiedad que se realiza mediante las afectaciones ambientales[5], las afectaciones urbanísticas al espacio público[6] y las afectaciones culturales como la declaratoria de bien de interés cultural[7]. Estas afectaciones tienen la característica de mantener la titularidad privada del bien pero limitan el ejercicio del derecho de propiedad.

La intervención del Estado en la propiedad hace parte del género principal, cuyas especies se refieren a la expropiación judicial o administrativa y a las afectaciones al interés general ya mencionadas.

---

[5] *Ley 2ª de 1959, por la cual se dictan normas sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables.*
[6] *Artículo 5 de la Ley 9 de 1989.*
[7] *Ley 397 de 1997.*

Estas dos últimas, son instituciones sustancialmente distintas; mientras que en la expropiación se decide adquirir el dominio o derecho real del predio obviando la voluntad de su propietario a fin de hacer efectiva una utilidad pública determinada expresamente en la ley, en las afectaciones al uso y goce por motivos de interés general, el predio nunca sale del patrimonio privado, sino que, el ejercicio de su derecho a la propiedad se limita por la importancia que tiene el predio para el cumplimiento de las finalidades públicas, esta figura le permite a la entidad pública administrar el ejercicio del derecho de propiedad para el cumplimiento del interés general manteniendo así la propiedad privada.

También se ha determinado que la afectación al interés general de un predio se distingue como una ocupación de clase jurídica y no material. La ocupación jurídica se configura cuando una actuación administrativa impide al propietario del bien ejercer su derecho de propiedad, es decir, explotar libre y económicamente su predio.

Ahora bien, la figura de la caducidad del medio de control de reparación directa contiene reglas especiales cuando se trata de eventos de ocupación material de un bien inmueble en razón de la realización de trabajos públicos o de ocupación jurídica por afectación de la propiedad privada con miras a proteger el interés general.

En relación con la ocupación material, el cómputo de la caducidad de la acción de reparación directa inicia, por regla general, en el momento en que se termina o finaliza la obra pública que configura la ocupación. En estos casos no se suprime el fenómeno de la caducidad, sino que el daño se consolida con la finalización de la obra, razón por la cual el conteo de la acción tendiente a la reparación de los perjuicios que ella pueda producir se hará desde ese momento.

Frente a la ocupación jurídica de un predio, la caducidad de la acción de reparación directa opera al cabo de dos años desde la inscripción de la limitación a la propiedad privada en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente al inmueble objeto de la decisión administrativa o desde que el afectado tiene conocimiento de la misma. Al respecto, el Máximo Tribunal de lo Contencioso[8] indicó:

> *"En relación con el término para formular las pretensiones de reparación directa, en las que se pretende la indemnización de perjuicios en razón de la ocupación jurídica de un bien, debe señalarse que el término para la interposición de la demanda no se cuenta desde el momento en que se declaró afectado el bien por razones de utilidad pública, sino desde el instante en el que el interesado tiene conocimiento del hecho de que con ocasión de tal declaratoria, se limitó el ejercicio de su derecho de dominio por la imposibilidad jurídica y material que tiene de usar o disponer del mismo.*

[8] *Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección B Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero Bogotá, veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02757-01(36231).*

> *En efecto, si bien el término para incoar la acción de reparación directa, como ya se indicó, por regla general coincide con el hecho generador del daño y en los eventos de ocupación temporal o permanente de inmuebles, con la cesación de dicha ocupación o con la terminación de la obra, en los casos en que los bienes resultan afectados por una decisión administrativa (ocupación jurídica) para efectos de la construcción de una obra pública y sobre los mismos no se adelantan las labores de adquisición o expropiación, el término para interponer la demanda, por regla general, debe empezar a correr desde el momento en que el particular tuvo conocimiento de que no podía darle al bien la destinación que pretendía, a consecuencia de esa determinación de la entidad pública*[9].

En la sentencia mencionada, el H. Consejo de Estado manifestó concretamente que *"pese a que el Decreto 075 de 1985 ordenó la congelación del globo de terreno denominado "La Meseta" y así limitó la propiedad de los demandantes, esta afectación nunca se registró en el folio de matrícula inmobiliaria, como lo admitió la Alcaldía de Bello (f. 48, c. 1) y el Departamento de Planeación (f. 50-51, c. 1). Así las cosas, el término de caducidad debe contarse desde el momento en que los afectados tuvieron conocimiento de esa limitación a su propiedad"*[10].

Si bien, por regla general el término para presentar al acción de reparación directa comienza a contabilizarse con el hecho generador del daño y, en los eventos de ocupación temporal o permanente de inmuebles, con la cesación de dicha ocupación o con la terminación de la obra, en eventos en que se advierte la limitación a un predio por una decisión administrativa (ocupación jurídica), el término de caducidad comienza a contar a partir del momento en que el afectado tuvo o ***debió tener*** conocimiento de que no podía darle al bien la destinación que pretendía.

Al respecto, los apartes del artículo 164-2i del CPACA en relación con la oportunidad para presentar la demanda con medio de control de reparación directa prescriben que esta *deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo* ***o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.***

Teniendo en cuenta que la acción causante del daño o hecho dañino consistió en la expedición de la licencia de construcción para el proyecto Urbanización Portal de Otoño, omitiendo la limitación a la propiedad que dicho predio contenía consistente en una ocupación por área de protección ambiental cárcavas y restauración ecológica, la Sala deberá determinar el momento a partir del cual los integrantes del Consorcio La

[9] *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de febrero de 2012, exp. 19048, C.P. Ruth Stella Correa Palacio*
[10] *Ibídem.*

esperanza, hoy demandantes, debieron tener conocimiento de dicho hecho.

Para ello será necesario señalar que mediante el Acuerdo No. 0014 del 31 de mayo de 2001 se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial para el municipio de Tunja. Dentro de los documentos integrantes del mismo se establecieron los siguientes:

> *"Artículo .5o. DOCUMENTOS INTEGRANTES DEL PLAN DE ORDENAMIENTO. De conformidad con el Decreto 879 de 1998, los siguientes documentos hacen parte integral del Plan de Ordenamiento Territorial para el municipio de Tunja:*
>
> *(...)*
>
> *3. Los mapas que se detallan a continuación y que hacen parte del presente Acuerdo:*
> *- Mapa P- 01 Base Topográfica Regional*
> *- Mapa P- 02 Geología o Litología*
> *- Mapa P- 03 Geomorfología*
> *- Mapa P- 04 Hidrogeología*
> *(....)*
> ***- Mapa P- 42 Uso Recomendado Zona Urbana y de Expansión."***

La misma norma denominó las zonas ambientales amenaza de cárcavas, así:

> *"Artículo .135o. ZONA AMBIENTAL AMENAZA CÁRCAVAS Definición. Las áreas de cárcava, resultado de los procesos erosivos, se constituyen en zonas de alta inestabilidad en las cuales* ***se prohíbe el emplazamiento de construcciones".***
>
> *(....)*
>
> *Artículo .167o.* ***AREA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL AMENAZAS POR CARCAVAS. En el Mapa P-42*** *(Uso del Suelo Urbano), se identifica con el código UENPr3v. Se establecen los siguientes usos:*

CODIGO	USO PRINCIPAL	USO COMPATIBLE	USO CONDICIONADO	USO PROHIBIDO
UENPr3v	- Protección ambiental - Recuperación ambiental	- Recreativo pasivo	- En Turismo - Manifestaciones culturales - Recreativo activo - Ubicación de infraestructura de servicios públicos	- Deportivo - Equipamiento arqueológico - Equipamiento turistico - Equipamiento cultural - Equipamiento histórico - Ferias - Equipamiento Comunal - Los demás

Lo expuesto anteriormente permite concluir varios aspectos: *i.* que el POT de Tunja del año 2001 contenía como anexó el mapa P42 el cual establecía el uso de suelo recomendado en la zona urbana; *ii.* que el mapa p-42 contenía el área de protección ambiental amenaza por cárcavas y tenía como uso principal la protección y recuperación principal, y como uso prohibido, el deportivo, equipamiento arqueológico, turístico, cultural, histórico, ferias, y equipamiento

comunal; *iii.* las áreas de cárcava son zonas de alta inestabilidad en las cuales se prohíbe el emplazamiento de construcciones.

De lo expuesto anteriormente es dable concluir que para el año 2004, cuando los aquí demandantes estaban tramitando la licencia de construcción para la urbanización Portal de Otoño, estaba vigente el Plan de Ordenamiento Territorial que contenía el uso de suelos en zona urbana, y que establecía claramente que dentro de las zonas de amenaza cárcava era prohibido realizar construcciones residenciales.

Ahora bien, en sentencia del año 2005[11] del Consejo de Estado, se mencionó la naturaleza jurídica de las licencias de construcción:

> *"No resulta acertada la afirmación del recurrente en cuanto estima que construir sin licencia no constituye infracción a las normas de urbanismo. En efecto, el capítulo VI de la Ley 9ª de 1989 se denomina "DE LAS LICENCIAS Y DE LAS SANCIONES URBANÍSTICAS" y, precisamente, la disposición contenida en el artículo 63 transcrito es una norma urbanística que exige que para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación y reparación, demolición de edificaciones, etc, se requiere permiso o licencia.*
>
> *De otra parte, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 388 de 1997 las licencias se otorgan con sujeción al plan de ordenamiento territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan. De ahí que la principal norma urbanística la constituya la licencia, pues, de su contenido se colige que una de sus finalidades es garantizar los elementos constitutivos del espacio público, conforme se deduce de los artículos 37 de la Ley 388 de 1997 y 19 del Decreto 1052 de 1998".*

Por su parte, el Decreto 1052 de 1998 (artículo 10), vigente para la época dispuso que toda solicitud de licencia debe acompañarse de los siguientes documentos:

> *"1. Copia del certificado de libertad y tradición del inmueble o inmuebles objeto de la solicitud, cuya fecha de expedición no sea anterior en más de tres (3) meses a la fecha de la solicitud.*
>
> *2. Si el solicitante de la licencia fuera una persona jurídica, deberá acreditarse la existencia y representación de la misma mediante el documento legal idóneo.*
>
> *3. Copia del recibo de pago del último ejercicio fiscal del impuesto predial del inmueble o inmuebles objeto de la solicitud donde figure la nomenclatura alfanumérica del predio.*
>
> ***4. Plano de localización e identificación del predio o predios objeto de la solicitud**.*
> *()....".*

[11] *Consejo de Estado - Sección Primera – C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo del 4 de agosto de 2005. Radicación Número: 25000-23-24-000-1997-08948-01*

Así mismo, el artículo 12 ibídem dispuso lo siguiente:

> ***"Artículo 12º.***- *Derogado por el art. 78, Decreto Nacional 1600 de 2005. Documentos adicionales para la licencia de construcción. Para las solicitudes de licencia de construcción, además de los documentos señalados en los numerales 1 a 7 del artículo 10 del presente Decreto, deberá acompañarse:*
>
> *a) Tres (3) juegos de la memoria de los cálculos estructurales, de los diseños estructurales, de las memorias de otros diseños no estructurales y de* ***los estudios geotécnicos y de suelos que sirvan para determinar la estabilidad de la obra,*** *elaborados de conformidad con las normas de construcción sismorresistentes vigentes al momento de la solicitud, en especial las contenidas en el capítulo A.11 del título A del Decreto 33 de 1998, debidamente firmados o rotulados con un sello seco por los profesionales facultados para ese fin, quienes se harán responsables legalmente de los diseños y de la información contenidos en ellos:*
>
> *b) Tres (3) copias heliográficas del proyecto arquitectónico debidamente firmadas o rotuladas por un arquitecto, quien se hará responsable legalmente de los diseños y de la información contenidos en ellos".*

Finalmente, el artículo 21 de la misma norma indicó:

> ***"Artículo 21º.-*** *Derogado por el art. 78, Decreto Nacional 1600 de 2005. Sujeción al plan de ordenamiento territorial. De acuerdo con el numeral segundo del artículo 99 de la Ley 388 de 1997, las licencias se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y en sus reglamentos. No se requerirá licencia o plan de manejo ambiental, cuando el Plan de Ordenamiento Territorial haya sido expedido de conformidad con lo dispuesto en la Ley 388 de 1998.*
>
> *A partir del 24 de enero de 1999 sólo podrán expedirse licencias de urbanismo y construcción o sus modalidades de conformidad con lo dispuesto en el Plan de Ordenamiento Territorial.*
>
> ***Parágrafo Transitorio.***- *Mientras los municipios expiden el Plan de Ordenamiento Territorial, en los términos que establece la Ley 388 de 1997, las licencias se expedirán con base en los planes de ordenamiento territorial vigentes, o el instrumento que haga sus veces, el cual definirá, cuando menos, las normas urbanísticas, las vías obligadas y la ubicación de las actividades de servicios, así como la normativa físico-espacial que de él se derive".*

Sobre las normas urbanísticas de la época se deduce lo siguiente: *i.* la solicitud de licencia de contracción debe acompañarse del Plano de localización e identificación del predio o predios objeto de la solicitud; *ii.* se deben presentar adicionalmente las memorias y los estudios geotécnicos y de suelos que sirvan para determinar la estabilidad de la obra y; *iii.* las licencias de construcción deben expedirse con sujeción a la información contenida en los Planes de Ordenamiento Territorial.

Así las cosas, resulta oportuno deducir que el plano de localización e identificación del predio, además de contener el resultado del trabajo de

campo de un profesional en la materia, debe contener toda la información que suministra el POT, pues lógicamente, no es posible determinar la localización de un predio sin consultar dicho documento, el cual contiene la información real sobre los suelos del municipio.

Igualmente, al realizar los estudios de suelos para determinar la estabilidad de la obra necesariamente se tiene que consultar el POT, ya que, dicho documento advierte la ubicación real y jurídica de un predio, las limitaciones que este contiene y los usos permitidos y prohibidos por parte del municipio.

Si la norma condiciona la expedición de las licencias de construcción a la información contenida en el Plan de Ordenamiento Territorial, es claro que a partir de la labor que realice el solicitante de la licencia de construcción se debe consultar dicho documento, pues, no sería coherente la realización de todos los estudios antes mencionados ignorando en su totalidad la información del POT.

El certificado de uso de suelos expedido el 20 de febrero de 2004 por la Secretaría de Planeación de Tunja para la construcción del Portal de Otoño, otorgó la viabilidad de la obra. Si bien lo anterior, ello no es excusa para concluir que la expedición de dicho documento imposibilitaba los demandantes la consulta del POT, o que, al advertir la autorización para construir, ya no era necesario consultar dicho documento.

En este sentido, es posible concluir que los demandantes debieron tener conocimiento del hecho generador del daño durante el año 2004, periodo en el cual el Consorcio La Esperanza realizó todos los estudios, proyectos y trámites para obtener la licencia de construcción.

La Sala coincide con la postura expuesta por el A quo en relación con la fecha de conocimiento del daño, pues en la decisión de primera instancia el término de caducidad del medio de control se comenzó a contar a partir del estudio aportado por la empresa S.I. Serinco (fls. 191-265 Anexo 2).

Sin embargo, el fundamento de la decisión emitida en esta providencia no deviene de la simple existencia de la palabra *cárcava* ubicada en una fotografía del estudio mencionado, tal como lo advirtió el A quo, pues, dicha situación no es la que configura el conocimiento del hecho o acción generadora del daño, lo que materializó dicha situación consistió en todo el procedimiento técnico y jurídico realizado por los demandantes para obtener la licencia de construcción, pues de allí deviene la obligación de haber consultado el POT y de haber conocido la afectación ambiental que contenía el predio sobre el cual se construyó la urbanización precitada.

La Sala no puede ignorar que si los demandantes solicitaron la expedición de una licencia de construcción para realizar toda una urbanización, sobre la cual debieron realizar proyectos, memorias, planos, estudios de suelo, etc, les era fácilmente posible conocer la afectación ambiental que contenía dicho predio, pues para todas esos requisitos era necesario y obligatorio consultar el POT, en especial, la ubicación y los usos de suelo que estaban legalmente permitidos.

En gracia de discusión, la Sala encontró otro hecho que permitiría deducir el momento a partir del cual se conoció la existencia de la afectación ambiental al predio, esto es, el día 9 de septiembre de 2011, momento a partir del cual la apoderada del Consorcio la Esperanza – Yina Marcela Mayorga Chaparro- se notificó de la existencia de una solicitud de conciliación presentada por algunos propietarios de las viviendas ubicadas en la Urbanización Portal de Otoño, así como de la realización de la audiencia de conciliación (fl. 1154 C- 2da instancia). Allí se indicó que la apoderada recibió copia del acta de la audiencia celebrada el mismo día (fl. 1151-1153).

La Sala llegó a la conclusión anterior, al observar que a través de la solicitud de conciliación radicada el 14 de julio de 2011 por el abogado Héctor Julio Prieto Cely, apoderado de algunos propietarios de las viviendas afectadas en la Urbanización Portal de Otoño, se pretendía conciliar la reparación por los perjuicios ocasionados como consecuencia de las fallas estructurales que presentaron las viviendas. En dicho documento, el apoderado de los afectados indicó textualmente lo siguiente:

> *"1.- El día 31 de mayo de 2004 mediante acuerdo No. 0014 el Municipio de Tunja adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial para la ciudad.*
>
> *En el artículo 42 de dicho acuerdo, se consagran las políticas sobre medio ambiente prescribiendo que son políticas rectoras para garantizar un medio ambiente urbano sano y que contribuya a la cualificación de la calidad de vida de los habitantes de la ciudad de Tunja las siguientes: (....) Prohibir la construcción en zonas de cárcavas (....)" (numeral quinto del artículo mencionado)*
>
> *En el artículo 43 del mismo acuerdo, se establece que "los programas y proyectos de vivienda deberán estar en consonancia con las disposiciones legales y las establecidas en el presente acuerdo".*
>
> *Por su parte el artículo 67 del P.O.T. consagra que "Todo anteproyecto y proyecto para nuevos desarrollos urbanísticos, ubicados en la jurisdicción municipal, antes de ser radicado en la Curaduría Municipal, deberá ser presentado a la Oficina Asesora Planeación Municipal o quien haga sus veces, la cual emitirá un concepto previo de viabilidad técnica y de localización, el cual será determinante para la realización del trámite correspondiente de licenciamiento ante la Curaduría respectiva."*

Finalmente, el artículo 71 del acuerdo 0014 establece que "De acuerdo con lo establecido en el Numeral 7º del Artículo 101 de la Ley 388 de 1997 y en el Artículo 73 del Decreto 1052 de 1998, al Alcalde Municipal, indelegablemente, le corresponderá vigilar y controlar el cumplimiento del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio, de los instrumentos que lo desarrollen y en general de todas las normas urbanísticas, por parte de los curadores urbanos."

2.- Los señores Ramón Enrique Galvis Gutiérrez identificado con C.C. 13842716 de Bucaramanga, Sonia Chaparro García identificada con C.C. 63314706 de Bucaramanga, Mary Georgina Vanegas Castro identificado con C.C. 39778259 de Usaquen y Gonzalo Lemus Jaimes identificado con C.C. 13839106 de Bucaramanga, todos mayores de edad, mediante documento privado extendido a los catorce (14) días del mes de Enero de dos mil cuatro (2004), celebraron contrato de consorcio, con el objeto de: A. Adquirir el lote de terreno con matrícula 070-118581 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tunja, cuyos linderos reposan en la Escritura Publica No. 3795 del 6 de agosto de 2003 de la Notaria Tercera del Circulo de Bucaramanga: B. – Construir sobre el terreno antes mencionado 165 unidades de vivienda de interés social; C. promocionar y ofrecer en venta a los posibles compradores del proyecto de vivienda denominando "Portal de Otoño".

3.- En cumplimiento de su objeto, el consorcio la Esperanza adquirió del señor Gonzalo Lemus Jaimes el lote de terreno con matrícula 070-118581 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tunja mediante Escritura Pública No. 0415 del 30 de enero de 2004 terreno sobre el cual se construyó "Portal de Otoño".

4.- el terreno adquirido por el Consorcio y sobre el cual se edificó Portal de Otoño, se encuentra ubicado sobre una zona de cárcava como se puede comprobar a través del Mapa P-42, documento que identifica las zonas de alto riesgo, entre las zonas de cárcavas y el cual, hace parte integral del POT."

Lo anterior permite concluir que al notificar a la apoderada de los ex integrantes del Consorcio de la existencia de una solicitud de conciliación ante la Procuraduría, los aquí demandantes debieron conocer de la existencia de una afectación jurídica al predio en el que se construyó la urbanización precitada. Además, con la solicitud de conciliación mencionada el apoderado de los convocantes aportó el mapa de uso de suelo urbano P42 del Plan de Ordenamiento Territorial en el cual, los aquí demandantes pudieron constatar la veracidad de dichos señalamientos, y en consecuencia, conocer de manera cierta el daño alegado consistente en la afectación al predio en el que construyeron la Urbanización Portal de Otoño.

Si bien lo anterior, para la Sala es claro que los demandantes debieron conocer de la existencia de la afectación ambiental desde el momento en que iniciaron los trámites para solicitar la licencia de contracción, pues, se reitera, que para determinar la viabilidad de la obra y las condiciones del predio, era necesario y obligatorio consultar el Plan de Ordenamiento Territorial.

De igual forma, no existió prueba que demostrara que a los demandantes les fue imposible conocer del hecho generador del daño desde el año 2004, pues a pesar de las manifestaciones realizadas por la recurrente sobre la inexistencia de dicha afectación, el documento contentivo del POT demostró lo contrario, y la imposibilidad de construir en el dicho terreno se debió conocer desde el año 2004.

En mérito de lo expuesto, la Sala arriba a la conclusión que en efecto ha operado el fenómeno de caducidad en el presente caso, pues tal y como fue expuesto en las líneas que preceden, los accionantes debieron tener conocimiento de la afectación desde el año 2004.

Ahora bien, sobre la prueba solicitada en la sustentación del recurso de apelación consistente en una valoración técnica que determinara que el Consorcio atendió las recomendaciones que emanaba el estudio adelantado por S.I. Serinco, es preciso aclarar que a esta altura procesal está comprobado que parte del terreno donde se construyó la Urbanización Portal de Otoño pertenecía a un área de protección ambiental amenazas por cárcavas, tal y como se evidencia en certificado expedido por la Oficina de Planeación Municipal[12], razón por la cual, la prueba solicitada resulta innecesaria y superflua, y por tanto, no se accederá a la misma.

Por otra parte, en relación con la compulsa de copias que emitió el A quo por la presunta mala fe de la apoderada de los demandantes al extraer de manera voluntaria e interesada un folio de las pruebas que se le habían solicitado, la Sala dirá que, debido a que los hechos se configuraron en el trámite de la primera instancia y en virtud de los poderes de instrucción del juez, es el A quo quien tiene plenas facultades para determinar si, a su juicio, se configuró o no una falta disciplinaria, razón por la cual, será el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá quien deberá investigar la conducta de la abogada de la parte demandante, por lo tanto, la Sala mantendrá la decisión emitida en primera instancia.

Así las cosas, se confirmará la providencia emitida el 03 de febrero de 2017 por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Tunja que declaró probada la excepción de caducidad del medio de control de reparación directa propuesta por el Municipio de Tunja, Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, Findeter, Proactiva Aguas de Tunja S.A., Corpoboyacá y el Ministerio de Medio Ambiente Vivienda y Territorio, de conformidad con los motivos expuestos en la presente providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

---

[12] *Oficio AP.62.5.T-0756/12, folio 433. "UENPr3v-area de protección ambiental amenazas por cárcavas"*

III. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia emitida el 3 de febrero de 2017 emitida por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Tunja, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad del medio de control de reparación directa y dio por terminado el proceso, conforme a los motivos de esta providencia.

SEGUNDO. ACEPTAR la renuncia al poder presentado por la abogada Mabel Astrid Medina Villamil identificada con C.C. 1.026.272.398 y T.P. 245.902, como apoderada del Municipio de Tunja.

CUARTO. Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, dejando las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 20 de hoy, 23 2018
EL SECRETARIO

Danny

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 07 FEB 2018

Medio de Control	:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**Rodrigo Alonso Ramos**
Demandado	:	**Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP**
Expediente	:	**15001-33-33-014-2014-00175-01**

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 30 de marzo de 2017, 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. El señor Rodrigo Alonso Ramos mediante apoderada 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 parcial de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 001450 del 3 de marzo de 1994, 017997 del 31 de diciembre de 1996 y 037487 del 8 de noviembre del 2005, expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social EICE, por medio de las cuales se reconoce al demandante pensión mensual vitalicia de jubilación, se reliquida su beneficio pensional y se niega la reliquidación con la inclusión de todos los factores devengados, respectivamente.

Que a título de restablecimiento, se declare que el señor Rodrigo Alonso Ramos tiene derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, le reconozca y pague su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, que corresponden a: sueldo, prima de antigüedad, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, sobresueldo de administración, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por recreación, horas extras y prima de navidad.

Solicita que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales conforme a la Ley 71 de 1988; que se ordene reajustar la mesada que resulte conforme a lo ordenado por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011; que de los anteriores valores, se descuente el valor parcial de las mesadas pagadas.

Así mismo pretende se condene a la entidad demandada, a reconocer, liquidar y pagar los intereses corrientes y de mora sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 192 del CPACA, dando estricto cumplimiento a la sentencia, y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que el señor Rodrigo Alonso Ramos, prestó sus servicios como granjero en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, desde el día 4 de junio de 1973 hasta el 1° de marzo de 1995, siendo retirado del servicio mediante Resolución 0165 del 21 de febrero de 1995 a partir del 1° de marzo de 1995.

Que la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. le reconoció al actor pensión de jubilación y reliquidó la misma por retiro definitivo del servicio a través de las Resoluciones 001450 del 3 de marzo de 1994 y 017997 del 31 de diciembre de 1996.

Señala que el accionante solicitó la reliquidación de la pensión por los factores salariales no tenidos en cuenta, petición que fue negada mediante Resolución 37487 del 20 de octubre de 2005.

Refiere que el actor devengó durante el último año de servicios los siguientes factores salariales: sueldo, prima de antigüedad, subsidio de alimentación, sobresueldo administración, bonificación de recreación, horas extras, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

Manifiesta que el demandante instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E., tendiente a obtener la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, la cual correspondió al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Tunja, quien profirió fallo el 25 de noviembre de 2009, denegando las pretensiones de la demanda por falta de sustento probatorio, el cual no fue apelado quedando en firme.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 11 de septiembre de 2014 ante el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

Mediante proveído del 16 de abril 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 CGP (fls. 88 a 90 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, hizo llamamiento en garantía a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, con el fin de que se vinculara al proceso (fls. 1 a 8 del cuaderno de llamamiento en garantía), el cual fue rechazado mediante proveído del 15 de octubre de 2015 (fls. 10 y 11 vto. del cuaderno de llamamiento en garantía).

1. Contestación de la demanda

La Unidad Administrativa Especial 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 el demandante el estatus de pensionado en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba cobijado 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 que 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.

Indicó que el demandante adquirió su status de pensionado el día 5 de agosto de 1993, tiempo después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y del Decreto 691 de 1994, por lo que fue cobijado por el nuevo Sistema General de Pensiones.

Precisó que la ley taxativamente enumera los factores salariales sobre los cuales debe y puede la entidad liquidar las pensiones; que para el caso concreto al demandante se le reconocieron los factores salariales que certificó debidamente, y que estuvieron incluidos en el Decreto 1158 de 1994.

Mencionó que el señor Rodrigo Alonso Ramos se encontraba amparado por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia 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 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 teniendo en cuenta que el demandante adquirió el status jurídico de pensionado el día 5 de agosto de 1993, es claro que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaba más de un año para adquirir el derecho, por lo que 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.

Que al examinar la norma especial solicitada, en el entendido del régimen anterior, es decir, teniendo en cuenta las Leyes 33 y 62 de 1985, precisó que éstas no consagran los factores salariales que se pretenden en la demanda tales como: subsidio de alimentación, sobresueldo administración, bonificación de recreación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

Por ultimo solicitó 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 el accionante, sino sobre aquellos sobre los cuales se realizó aportes.

Presentó como excepciones las denominadas "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 30 de junio 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. 177).

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 10 de febrero de 2017 (fls 215 a 217) 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 de 30 de marzo de 2017, declaró probada la excepción de prescripción, la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 001450 del 3 de marzo de 1994 y 017997 del 31 de diciembre de 1996 mediante las cuales la Caja Nacional de Previsión Social, reconoció la pensión de jubilación del actor y reliquidó la pensión al demandante por retiro definitivo del servicio.

Igualmente declaró la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 037487 del 8 de noviembre de 2005, mediante la cual la Caja Nacional de Previsión Social EICE, negó la reliquidación de la pensión del actor con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

A título de restablecimiento ordenó a la UGPP reliquidar y pagar la pensión de jubilación a favor del señor Rodrigo Alfonso Ramos, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, esto es entre el 1 de marzo de 1994 y marzo de 1995, incluyendo en la base de liquidación además de la asignación básica, las horas extras, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad, los siguientes factores salariales: subsidio de transporte, subsidio de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, a partir del 1° de marzo de 1995, pero con efectos fiscales a partir del 11 de septiembre de 2011, por ocurrir el fenómeno de la prescripción.

Que no pasa por alto el a quo lo señalado por la entidad accionada, que el hoy demandante ostentaba la calidad de trabajador oficial y no de empleado público; que el señor Rodrigo Alonso Ramos se desempeñaba como granjero, de ahí que es claro que por la naturaleza del mismo, sus labores no tenían nada que ver con construcción y sostenimiento, oficios propios de los trabajadores oficiales; que no obra dentro del plenario prueba que permita deducir que la vinculación con dicha entidad hubiera sido mediante contrato de trabajo.

Hizo mención a la Resolución No. 0165 del 21 de febrero de 1995, por medio de la cual el rector de la UPTC retiró del servicio al señor Rodrigo Ramos, para aclarar que

el demandante en realidad ostentaba la calidad de empleado público, pues consideró que los trabajadores oficiales cuando se retiraban del servicio se les liquidaba su contrato de trabajo, y que por el contrario los empleados públicos se desvinculaban mediante acto administrativo, tal como ocurrió en el caso del actor.

Advirtió el a quo que el derecho pensional del señor Rodrigo Alonso Ramos fue objeto de pronunciamiento judicial por parte del Juzgado Décimo Administrativo de Tunja, quien resolvió negar las pretensiones de la demanda, pero que sin embargo, la pensión podía ser revisada en cualquier tiempo, por tratarse de un derecho imprescriptible, es decir, tornan intangibles las mesadas pensionales causadas hasta el momento de la ejecutoria de las decisiones judiciales, pero ello no impide un nuevo pronunciamiento judicial para revisar las mesadas causadas posteriormente.

Que se encontró acreditado que el demandante adquirió su status pensional el 4 de julio de 1993, es decir, con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que se encontraba cobijado por el régimen pensional establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985; que no obstante la enumeración taxativa por parte de la ley, es importante señalar que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Doctor Víctor Hernando Alvarado, precisó que los factores enlistados son únicamente enunciativos, por cuanto, deben incluirse los que habitual y periódicamente recibe un trabajador, independientemente de la denominación que se les dé.

Indicó que para el caso en concreto la pensión del demandante señor Rodrigo Alfonso Ramos, fue reconocida conforme a lo establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, toda vez que al momento de adquirir el status pensional (4 de julio de 1993), se encontraba en vigencia dicha normatividad.

Señaló que según certificado de salarios y devengados expedido el 25 de noviembre de 2016 por el Secretario General, Grupo de Archivo, Tesorería de la UPTC, registra que el demandante durante el último año de prestación de servicio comprendido entre marzo de 1994 y marzo de 1995 devengó: asignación básica, prima de antigüedad, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación y horas extras.

Concluyó que el demandante 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 prestación del servicio, incluyendo en la base de liquidación la totalidad de los factores devengados entre el 1° de marzo de 1994 y el 1° de marzo de 1995; que conforme a las certificaciones expedidas por la Coordinación del Grupo de Archivo y Correspondencia del Grupo de Tesorería y la Jefe de la Oficina de la Secretaria General de la UPTC, éste devengó: asignación básica, prima de antigüedad, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y horas extras.

Señaló que si bien en los certificados de salarios y devengados por el demandante expedidos el 17 de abril de 1995 y el 12 de julio de 2004, se observó que el actor también devengó la bonificación por recreación, advirtió el a quo que la sentencia de unificación del Consejo de Estado, señaló que dicho concepto no se tiene como factor salarial.

Indicó que como hubo pronunciamiento judicial anterior frente a la situación pensional del demandante, por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Tunja el 25 de noviembre de 2009, es claro que los efectos de esa sentencia únicamente podrían afectar las mesadas causadas con posterioridad a la mencionada fecha, tal como se indicó en sentencia de 9 de marzo de 2016 proferida dentro del expediente: 1523833330022013-00379-02, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

Por último señaló que la última petición de reliquidación pensional fue presentada el 28 de enero de 2011, por lo que el demandante tenía hasta el 28 de enero de 2014 para demandar, no obstante, la demanda fue presentada el 11 de septiembre de 2014, habiendo transcurrido más de tres (3) años entre una y otra, configurándose el fenómeno de la prescripción conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuestos por la entidad apelante, se contraen en lo fundamental a los siguientes aspectos:

La parte accionada conserva su postura diciendo que el actor se encuentra amparado por el régimen establecido en la Ley 33 de 1985, como quiera que el demandante adquirió su status de pensionado con antelación a la Ley 100 de 1993, esto es, el 5 de agosto de 1993, y en consecuencia, se pensionó con 55 años de edad, 20 años de servicio y el 75% como monto de la pensión tal y como lo indica la Ley 33 de 1985, pero las demás condiciones y requisitos tales como el 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 62 de 1985, que no contempla todos los factores certificados como ítems que integren el ingreso base de cotización, únicamente los que se encuentran en forma taxativa en la norma en mención.

Indica que no es viable reliquidar la prestación pensional del demandante, toda vez que ya fueron incluidos todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y sobre los cuales la norma bajo estudio es clara en incluir en la base de liquidación pensional y sobre los cuales se efectuaron los respectivos aportes.

Señala que el a quo ordenó la inclusión de los factores salariales pretendidos por el libelista, correspondientes a: subsidio de transporte, subsidio de alimentación, primas de servicios, navidad y vacaciones, argumentando entre otros aspectos lo previsto en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, decisión de la que se aparta, en el entendido que el legislador estableció claramente los factores salariales a tener en cuenta por parte de las administradoras pensionales al momento de liquidar la base pensional del beneficiario de tal prestación, luego le son aplicables las disposiciones previstas en las Leyes 33 y 62 de 1985, mismas que señalan de manera taxativa los factores a tener en cuenta al momento de liquidar el derecho pensional.

Que los factores ordenados por el a quo no se encuentran señalados en la Ley 62 de 1985, y aun mas, cuando no tienen una relación directa con el servicio, pues no hay causalidad entre éste y aquellos, por lo que no se puede concluir que constituyen salario, pues no todo emolumento recibido por el trabajador es salario y menos constituye factor salarial.

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, teniendo en cuenta que en el presente proceso prosperaron parcialmente las pretensiones, en tanto que se declaró el medio exceptivo de la prescripción y no se ordenó la inclusión de la bonificación recreación,

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. 284 a 285).

Mediante providencia del 1 de septiembre de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fls. 290 y 290 vto.).

A través de proveído de 6 de octubre 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. 294 y 294 vto.).

La parte demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia, en razón a que el actor fue pensionado por CAJANAL por haber cumplido los requisitos legales contenidos en la Ley 33 de 1985, y reliquidada su pensión en los términos de la Ley 71 de 1988 por haber continuado laborando con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación.

Indica además que el actor fue pensionado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que implica que no se encuentra en el régimen de transición de esa norma, sino que la norma aplicable es la Ley 33 de 1985.

Que el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, al realizar el análisis de los factores que se deben tener en cuenta a los trabajadores que se encuentran amparados para el reconocimiento de la pensión de jubilación en vigencia de la Ley 33 de 1985, indicó que los factores que se encuentran enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, no son taxativos sino enunciativos; que teniendo en cuenta que el actor cumplió su status de pensionado en vigencia de la Ley 33 de 1985, y respetando el criterio del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo es dable confirmar la sentencia de primera instancia.

Por su parte, la demandada reitera lo manifestado en el recurso de apelación, señalando que la UGPP debe sujetarse a lo establecido en la ley para la expedición de los actos administrativos, sobre todo tratándose del reconocimiento de un derecho prestacional como el que aquí se estudia, de manera que los actos demandados fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 33 y 62 de 1985, 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 por último que el demandante adquirió el status de pensionado el 4 de julio de 1993, es decir, con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia se pensionó con 55 años de edad, 20 años de servicios y el 75% como monto de la pensión tal como lo indica la Ley 33 de 1985, pero las demás condiciones 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 incluidos en la Ley 62 de 1985, que no contempla los ordenados por el a quo.

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. Cuestión previa

Aun cuando no es argumento del recurso de apelación lo concerniente a la calidad de empleado que ostentaba el señor Rodrigo Alonso Ramos por desempeñar funciones de Granjero en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, es necesario que la Sala se pronuncie frente a este aspecto, para aclarar si en efecto tal como lo adujo el a quo el pensionado tenía la calidad de empleado público, por haber estado vinculado a un establecimiento público, de acuerdo con lo establecido en la norma general -Decreto 3135 de 1968-.

Pues bien, la Planta de Trabajadores Oficiales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia fue adoptada por medio del Acuerdo 061 del 24 de noviembre de 1976, y mediante el artículo 9 del Acuerdo No. 049 del 20 de noviembre de 2001, expedido por el Consejo Superior Universitario, los cuales concretan la planta de trabajadores oficiales en 274 plazas, la cual está conformada por 28 categorías de cargos, y 274 empleos, con asignaciones salariales que oscilan entre $1.447.277 y $2.102.860, es decir con un promedio de asignación mensual de $1.775.069.

En detalles dentro de la planta de trabajadores oficiales se encuentra actualmente el cargo de GRANJERO, el cual ostentaba el señor Rodrigo Alonso Ramos.

Para empezar dirá la Sala que el término servidor público comprende a todos los trabajadores que laboran para el Estado. Así pues, los empleados públicos *y* los trabajadores oficiales son servidores públicos.

Ahora bien, son empleados públicos las personas que laboran en los Ministerios, en **los Establecimientos Públicos**, en las Superintendencias, en los Departamentos administrativos y sus equivalentes en el ámbito territorial o distrital, en labores distintas de las de **construcción y sostenimiento de obras públicas**. Los que laboran en esas entidades en la construcción y sostenimiento de obras públicas son **trabajadores oficiales.**

Desde ya dirá la Sala que le asiste razón al a quo, de que el señor Rodrigo Alonso Ramos, al no cumplir labores de construcción y sostenimiento de obras públicas, no ostentaba la calidad de trabajador oficial, sin embargo no se puede dejar de lado lo establecido en el Acuerdo 061 del 24 de noviembre de 1976, y el Acuerdo No. 049 del 20 de noviembre de 2001, de que quien desempeña el cargo de Granjero se denomina como tal.

Lo establecido en dicha regulación conllevaría a que se declarara la falta de competencia de este Tribunal para resolver el asunto en cuestión, no obstante, si revisamos la certificación que obra a folio 25 vuelto, ésta es clara en indicar que el señor Rodrigo Alonso Ramos prestó sus servicios como Granjero desde el día 4 de julio de 1973, es decir con anterioridad a la expedición de los acuerdos ya mencionados, lo que quiere decir que su vinculación se dio tal como se acredita en el expediente de forma legal y reglamentaria, y no a través de contrato de trabajo.

Tal como lo ha indicado el Consejo de Estado, la vinculación legal y reglamentaria es aquella que regula el empleo público. Según dicha Corporación, un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución Política, y

pueda obtener los derechos que de ellos se derivan son, en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor.

Entonces, para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una designación válida, nombramiento o elección, según el caso, seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir, que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente.

A folios 34 vto. y 35 obra Resolución No. 0165 de 21 de febrero de 1995 expedida por el Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, la cual deja ver con claridad a la Sala que el demandante ostentaba la calidad de empleado público, dado que su desvinculación se dio a través de un acto administrativo de carácter legal y reglamentario, de ahí que las pretensiones de la demanda deben ser resueltas sin ninguna duda en esta jurisdicción.

3. Problema jurídico

Debe este Tribunal determinar en primer lugar el régimen pensional aplicable a la parte demandante para luego definir si bajo dicha normatividad procede liquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el último año al retiro del servicio.

Para despejar este interrogante, la Sala considera necesario establecer en primer lugar el régimen de jubilación aplicable al demandante y la posibilidad de liquidarla con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

4. Régimen de jubilación aplicable al demandante

Es importante señalar que el demandante se encuentra amparado por el régimen pensional establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, como quiera que el actor adquirió su status pensional el 4 de julio de 1993, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) .

El régimen pensional que estableció la Ley 33 de 1985, se encuentra contemplado en el artículo 1° y consagra los siguientes supuestos para su aplicación;

> "**Artículo 1°.-** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."

El señor Rodrigo Alfonso Ramos, nació el 27 de septiembre de 1937 (fl. 29 y documento 9 del expediente administrativo), por lo que el requisito de la edad se cumplió el 27 de septiembre de 1992; se desempeñó como granjero desde el 4 de junio de 1973 al 1° de marzo de 1995 (fl. 32), por lo que al momento de adquirir el derecho pensional, **se encontraba amparado por lo establecido en la Ley 33 de 1985**.

Ahora bien, cuando se aplica el régimen de transición que estableció la Ley 33 de 1985, el mismo se encuentra establecido en el parágrafo 2° de su artículo 1°, que consagra los siguientes supuestos para su aplicación:

> "(…)
>
> **PARÁGRAFO 2o.** Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.
>
> Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) sin son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.
>
> (…)"

Respecto del parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, no es aplicable al señor Rodrigo Alonso Ramos, pues como se observa de las certificaciones de tiempo de servicio expedidas por la UPTC, se tiene que el demandante inició a laborar el 4 de julio de 1973, es decir al 13 de febrero de 1985, fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, el actor llevaba laborando solo 13 años, 7 meses y 9 días, razón por la cual, el régimen que le es aplicable es sin ninguna duda la Ley 33 de 1985.

5. -Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que el demandante se encuentra cobijado por la Ley 33 de 1985 y que por lo mismo se le deben aplicar los requisitos establecidos en dicha ley para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión.

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, al demandante le es aplicable la citada ley, toda vez que en virtud del **principio de inescindibilidad** normativa no se puede para una misma situación fáctica aplicar varias disposiciones normativas.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado:

> "(…) no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales"[1]

Entonces, para establecer cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en el caso del señor Rodrigo Alonso Ramos, 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

[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).

realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral, actuando en consonancia con lo previsto en la decisión precitada, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, además, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Así las cosas, no obstante ser aplicable al 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 el trabajador en el último año de servicio, criterio que hace reconocimiento también al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que impone tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral por parte del trabajador.

No sobra advertir que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha ratificado la tesis expuesta en innumerables fallos v. gr la sentencia de 26 de agosto de 2010, expedida por la Subsección B, con ponencia del

Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159- 01, asimismo, la sentencia 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 del 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 del señor Rodrigo Alonso Ramos 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 1994 al 1 de marzo de 1995**, tal como lo precisó el a quo.

De conformidad con el certificado de salarios y devengados expedido 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. 43 a 51), el señor Rodrigo Alonso Ramos percibió los siguientes factores salariales en el último año de servicios: asignación básica, prima de antigüedad, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por recreación, y horas extras así pues, la entidad demandada no tuvo en cuenta los factores salariales devengados por el actor en el último año de prestación del servicio.

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 el 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 el señor Rodrigo Alonso Ramos no aportó.

6.- 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

[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)

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 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.

7.- 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.

8.- De la Sentencia SU-427 de 2016

De forma reciente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-427 de 2016 en la que unificó criterios de aplicación para el IBL en los casos de personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Dijo la Corte en esta sentencia:

> "...6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho[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,**

---

[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.**

> **el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos** (...)."[6]
>
> 6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, **evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión**..." Resaltado fuera de texto

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[7], 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 del señor Rodrigo Alonso Ramos 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 4 de junio de 1973 hasta el 1 de marzo de 1995.	Granjero	Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC

[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."

[7] Ver entre otras, SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

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.

9.- Prescripción

Teniendo en cuenta que el demandante presentó la petición de reliquidación pensional el día 28 de enero de 2011, éste tenía hasta el 28 de enero del 2014 para interponer demanda, sin embargo, la misma se presentó el día 11 de septiembre de 2014, razón por la cual las diferencias causadas con anterioridad al 11 se septiembre de 2011 se encuentran prescritas, toda vez que transcurrieron más de tres años desde que se hizo la petición de reliquidación hasta cuando fue presentada.

10.- 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 30 de marzo 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 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 cúmplase

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. 20 de hoy 08 FEB 2018
EL SECRETARIO

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 6 FEB. 2018

ACCIONANTE:	JUAN MARTÍNEZ GARZÓN
ACCIONADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
VINCULADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
REFERENCIA:	150013333015-**2016-00005**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO – PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y 60% DE INCREMENTO
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada - CREMIL, contra la sentencia proferida en audiencia inicial simultánea el 25 de noviembre de 2016, por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

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

El señor JUAN MARTÍNEZ GARZÓN, a través de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, con el objeto de que se declare la nulidad del Acto Administrativo No. 2015-52925 de 31 de julio de 2015, por medio del cual la entidad demandada le negó lo siguiente:

- La liquidación de su asignación de retiro, tomando como base un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

- La liquidación de la prima de antigüedad, dando correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento de derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada a **i)** liquidar la asignación de retiro del actor, en virtud de lo señalado en el inciso 2 del artículo

1° del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo); **ii)** liquidar la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de del Decreto 4433 de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica, se le adiciona el 38.5% como prima de antigüedad; **iii)** reajustar la asignación de retiro del actor, año por año, a partir de su reconocimiento, hasta la fecha; **iv)** pagar de forma efectiva e indexada los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante, hasta la fecha en que sea reconocido el derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A.; **v)** pagar los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, conforme a los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.; y **vi)** condenar a la accionada al pago de costas, gastos procesales y agencias en derecho.

1.1.2. Fundamentos fácticos (fls. 3-4)

El apoderado del demandante, indicó que el señor JUAN MARTÍNEZ GARZÓN, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional y que una vez terminado el periodo reglamentario, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985, se incorporó como soldado voluntario.

Adujo que a partir del 1° de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército, fue promovido como Soldado Profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza Militar.

Señaló que previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, CREMIL le reconoció al actor una asignación de retiro, mediante Resolución No. 124 de 22 de enero de 2015. Añadió que desde entonces, la demandada viene liquidando su asignación teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 40% del mismo y aplicando el 70% a la sumatoria entre la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad.

Manifestó que el 8 de julio de 2015, solicitó a la accionada que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, petición que fue negada por CREMIL, a través del acto administrativo No. 2015-52925 de 31 de julio de 2015.

1.1.3. Normas violadas y conceptos de violación (fls. 4-33)

Señaló como normas violadas el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; la Ley 131 de 1985, Ley 4ª de 1992, Ley 923 de 2004, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL (fls. 76-82)

Dentro de la oportunidad procesal concedida para el efecto, el apoderado de CREMIL se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó los hechos relacionados únicamente con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

Luego de hacer un recuento sobre los antecedentes de la demanda, propuso como excepciones las siguientes:

i) "En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 60%, de conformidad con el Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 (en concordancia con el inciso 1 del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000)": Al respecto, indicó que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, que se refiere a un incremento del 40%, más no el inciso 2° como afirma el demandante (60%), lo anterior, teniendo en cuenta que el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 hace remisión expresa al inciso primero antes referido, y porque el Decreto 4433 es posterior al Decreto 1794.

ii) "En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 70%, de conformidad con el Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (Prima de Antigüedad)": Señaló que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es claro al establecer que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico, incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad tal como lo ha venido aplicando CREMIL. Para soportar su postura, citó las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de septiembre de 2013, Rad. No. 2012-00086-01 y el 20 de noviembre de 2015, Rad. No. 2013-00550-01, M.P. Dra. Amparo Oviedo Pinto.

iii) "Ausencia de vulneración al Derecho a la Igualdad": Destacó que la Corte Constitucional en sentencia C-057 de 2010, indicó frente a la aplicación del principio de igualdad que los Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales/Infantes de Marina, se encuentran en una situación de hecho distinta y, por tal motivo, constituyen grupos diferenciados jurídicamente.

iv) "Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes": Frente a dicha excepción, señaló que CREMIL es el encargado de reconocer y pagar asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento. Aclaró que conforme al artículo 217 inciso 3 de la Constitución Política, los miembros de las FFMM hacen parte de un régimen especial y en desarrollo de tal precepto se han expedido distintos decretos encontrándose vigente el Decreto 4433 de 2004.

v) "No configuración de Causal de Nulidad": Consideró que el acto administrativo demandado no está inmerso en ninguna causal de nulidad contemplada en el artículo 137 del CPACA, por el contrario, las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a la normatividad vigente aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares.

vi) "No procedencia de la causal de Falsa Motivación en las actuaciones de CREMIL": Señaló que la entidad ha actuado conforme a la ley y que los actos enjuiciados se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, por tal razón, advirtió que deben desestimarse las pretensiones de la demanda.

1.2.2. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional (fls. 125-127)

Mediante auto de 4 de agosto de 2016, el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, resolvió vincular de oficio al presente proceso a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL y ordenó la notificación de la demanda, razón por la cual el apoderado de dicha entidad, se pronunció sobre la misma en los siguientes términos:

El apoderado de la entidad vinculada, indicó que los hechos planteados en el libelo inicial, no tienen ninguna relación, ni vinculan de manera alguna a su representada.

Propuso como excepción la que denominó: "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*", fundamentada en que el demandante no ha elevado petición alguna ante el Ministerio de Defensa, y en que dicha entidad no fue quien expidió los actos administrativos cuya nulidad se pretende.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida en audiencia inicial simultánea el 25 de noviembre de 2016, resolvió (fls. 204vto.-206 y CD fl. 220):

> ***"PRIMERO: Declarar no probadas** las excepciones de **1.** En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 60%, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 (en concordancia con el inciso 1 del artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000). **2.** En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 70%, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (Prima de antigüedad); **3.** Ausencia de vulneración al derecho a la igualdad. **4.** Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes. **5.** No configuración de causal de nulidad y **6.** No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL, propuestas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO:** Declarar la nulidad del **Oficio número 2015-52925 del 31 de julio de 2015**, por medio del cual la entidad demandada negó el reajuste de la asignación de retiro conforme a las razones expuestas.*

TERCERO: *Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho ordenar a:*

a) La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional *que modifique la hoja de servicios No. 3-13616503 correspondiente al señor JUAN MARTÍNEZ GARZÓN identificado con cédula de ciudadanía No. 13.616.503, en el sentido de variar la información y reajustar la asignación básica mensual devengada durante su servicio activo la cual corresponde a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), conforme a las razones expuestas en la parte motiva.*

b) La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL *que una vez modificada la hoja de servicios del señor JUAN MARTÍNEZ GARZÓN identificado con cédula de ciudadanía No. 13.616.503 por parte de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional,* ***reliquide y pague al demandante la asignación de retiro*** *teniendo en cuenta el reajuste realizado a la asignación básica mensual devengada durante el servicio activo (salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, en lugar del 40% que se le venía reconociendo). De igual manera deberá pagar la diferencia entre el valor de la asignación de retiro que le fue reconocida y el que resulte luego de efectuar la correspondiente liquidación, a partir del 31 de marzo de 2015, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

c) La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL reliquidar y pagar la asignación de retiro *de la cual es beneficiario el señor JUAN MARTÍNEZ GARZÓN identificado con cédula de ciudadanía No. 13.616.503 conforme lo ordena el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el cálculo de la asignación de retiro teniendo en consideración el setenta por ciento (70%) del salario mensual, adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, conforme a lo expuesto en la parte motiva. De igual manera deberá pagar la diferencia entre el valor de la asignación de retiro que le fue reconocida y el que resulte luego de efectuar la correspondiente liquidación, a partir del 31 de marzo de 2015.*

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, darán cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y CREMIL deberá reconocer intereses moratorios sobre los valores debidos, desde su ejecutoria en los términos y oportunidades descritos en el artículo 195 numeral 4 del CPACA.

CUARTO: *Condénese en costas a la parte demandada y vinculada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquídense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.*

QUINTO: *En los términos del Acuerdo 10554 de agosto 5 de 2016 artículo Quinto, y para efectos de cumplir lo ordenado en el numeral anterior fíjese como agencias en derecho la suma del 4% del valor de las pretensiones que deberán ser cancelados por las partes vencidas.*

(...)"

Para adoptar tal determinación, la juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia (Min. 01:18:03), conforme al cual sustentó que por encontrarse acreditado que el demandante estaba incorporado a las Fuerzas Militares en calidad de soldado voluntario para el 31 de diciembre de 2000, se enmarca dentro de la regla jurisprudencial establecida en el numeral

segundo de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, lo que significa que devengó como asignación básica la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, incrementado en un 60% hasta el mes de octubre de 2003.

Advirtió que durante el tiempo de prestación del servicio posterior a noviembre de 2003, al actor le fue cancelada como asignación básica la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 40%, situación contraria a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, el cual refiere un incremento del 60% para quienes a 31 de diciembre 2000 se encontraban como soldados voluntarios, en los términos de la Ley 131 de 1985, vulnerando de esta manera los derechos adquiridos por el accionante con arreglo a las normas y el principio de progresividad.

En virtud de lo anterior, precisó que si bien la incorporación del señor Martínez Garzón como soldado profesional, significó el reconocimiento de las prestaciones sociales de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, en lo relacionado con la asignación mensual salarial, la norma realizó una excepción a quienes a 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados como soldados en los términos de la Ley 131 de 1985, esto es, como soldados voluntarios, quienes posteriormente fueron vinculados en calidad de soldados profesionales, disponiendo para estos últimos el pago de un salario mínimo mensual vigente incrementado en un 60%.

Por otra parte, señaló que para efectos de proceder con el cálculo de la asignación de retiro del demandante debía tenerse en consideración el 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtenía partiendo del valor del ciento por ciento del salario mensual, Sin embargo, tal como quedó demostrado en el expediente, la entidad le aplicaba al 38.5% de dicho concepto, el 70%, lo cual comporta una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales que se retiran del servicio.

La *a quo* destacó que de conformidad con el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, en el presente asunto no operó el fenómeno de la prescripción trienal, en consideración a que la asignación de retiro del señor Juan Martínez Garzón le fue reconocida a partir del 31 de marzo de 2015 y la solicitud de reliquidación fue presentada el 8 de julio del mismo año.

Por último, y en atención a lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, la juez de instancia condenó en costas a las entidades demandadas y fijó como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones, en razón del 2% a cada una de las accionadas.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En el término legal, el apoderado de la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, allegó escrito de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos (fls. 216-219):

En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro, adujo que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es claro que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague la asignación de retiro así:

"Salario Básico= SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%)= 140%
Prima de Antigüedad = 38.5%

Asignación de retiro:

70% = (Sueldo Básico+ 38.5% de Prima de Antigüedad)"

Por lo anterior, consideró que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de: salario básico incrementado en el 38.5 % de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando tal entidad.

Para soportar su posición, trajo a colación la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, Rad. No. 2012 00086-01, así como el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Respecto a la prescripción del derecho, refirió que conforme lo establece el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, la prescripción de mesadas es trienal, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo que indicó que en caso de que no se acojan sus planteamientos, se declare probada dicha excepción.

Finalmente, solicitó se exonere a su representada de la condena en costas en razón a que el artículo 365 de del CGP dispone que solo habrá lugar a costas cuando el expediente aparezcan causadas y comprobadas.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en audiencia de conciliación llevada a cabo el 31 de enero de 2017, por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fls. 226-230 y CD fl. 231) y admitido por esta Corporación mediante proveído de 2 de marzo de 2017 (fls. 241-242). A través de auto de 15 de marzo de 2017, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 246).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- La **parte actora**, la **entidad demandada – CREMIL** y la **entidad vinculada Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, guardaron silencio.

2.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fls. 248-252)

El Procurador 46 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja, profirió Concepto No. 73 de 6 de abril de 2017, en el cual solicitó se confirme la sentencia apelada, pues en atención a lo probado en el expediente, el demandante prestó sus servicios como soldado regular entre el 23 de noviembre de 1994 al 17 de mayo de 1996, como soldado voluntario entre el 1° de junio de 1996 al 31 de octubre de 2003 y a partir del 1° de noviembre de 2003 asumío la calidad de soldado profesional, lo que indica que reúne los mismos presupuestos fácticos de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, Rad. Int. No. 3420-2015, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Señaló que de conformidad con el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, el actor es un soldado profesional que a 31 de diciembre de 2000 se desempañaba como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985, por lo que, tal como lo concluyó la *a quo*, su asignación mensual debe corresponder a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

En cuanto a la forma de cálculo de la prima de antigüedad, precisó que a través de la Resolución No. 124 de 2015, CREMIL le reconoció al demandante una asignación de retiro en el equivalente al 70% de su salario mensual adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad, operación matemática hecha por la entidad que se aleja de la correcta interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada - CREMIL, contra la sentencia proferida en audiencia inicial simultánea el 25 de noviembre de 2016 por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

En los términos del recurso de apelación presentado por la parte demandada – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, corresponde a esta Sala establecer si:

i) *¿CREMIL liquidó correctamente la asignación de retiro del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 o, si tal como lo manifestó la juez de instancia, se realizó una interpretación errónea de dicha normatividad?*

ii) *¿Corresponde a CREMIL, atendiendo la legitimación en la causa por pasiva, la reliquidación y pago de la asignación de retiro en el 60%, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000?*

iii) *¿Se ajustó a derecho la condena en costas impuesta por la a quo en la sentencia de primera instancia, o por el contrario, como lo manifiesta la entidad accionada, aquella resulta inviable en razón a que solo habrá lugar a ellas cuando en el expediente aparezcan causadas y comprobadas?*

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales. Porcentajes de Liquidación.

Mediante la Ley 131 de 1985, se dictaron normas sobre el servicio militar voluntario, disponiendo que el mismo podía ser prestado por aquellos que habiendo prestado el servicio militar obligatorio hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados[1].

A su vez, el artículo 4 de la ley en mención indicó:

> *"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."*

En virtud de ello, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el **Decreto 1793 de 2000**, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional del personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y dispuso lo que sigue, en cuanto a la asignación salarial y **el derecho a la prima de antigüedad** de los mismos:

> ***"(...) ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL.*** *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*
>
> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).*

[1] *Artículo 2.*

> ***ARTÍCULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD.*** *Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%). (...)"* (Subraya la Sala).

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 el numeral 2.1 del artículo 2°, se estableció como criterio el respeto a los derechos adquiridos conforme a las disposiciones anteriores a su entrada en vigencia. Así mismo, el numeral 3.3 del artículo 3° de la citada ley, previó que *"las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública"*.

En desarrollo de la norma antes referida, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004, *"por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*, que en su Capítulo Primero reguló lo relacionado con la asignación de retiro, señalando en el artículo 13 las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

> ***"(...) Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares.*** *La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*
>
> *13.1 Oficiales y Suboficiales:*
> *(...)*
> *13.2 Soldados Profesionales:*
>
> ***13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.***
>
> ***13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*** *(...)"* (Negrita y subraya fuera de texto).

De igual manera, en el artículo 16 se diferenció la asignación de retiro de los Soldados Profesionales de la del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, como a continuación se cita:

> ***"(...) ARTÍCULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales.*** *Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1,* ***adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.*** *En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De la norma anterior, se colige que para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales debe tenerse en cuenta tanto la **asignación básica como la prima de antigüedad**, determinándose como forma de liquidación para extraer el valor de la mesada que debe **pagarse el 70% del salario mensual, adicionado por el 38.5% de la prima de antigüedad**.

Respecto a cómo debe interpretarse la forma en la que debe liquidarse la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, contemplada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Sección Primera del Consejo de Estado, al resolver una acción de tutela interpuesta contra una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la cual había negado una demanda similar a la que ahora se resuelve, en sentencia del 11 de diciembre de 2014 expuso:

> *"(...) Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser **adicionado** con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación ',' que precede al verbo **'adicionado'**.*
>
> *En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo **'contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica'**, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, **implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé** y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital (...)"*[2] (Negrilla fuera del texto original).

3.2. De la jurisprudencia de Unificación en materia de la asignación salarial de los soldados profesionales

Atendiendo lo establecido en el **artículo 1° del Decreto 1794 de 2000**, el H. Consejo de Estado, con el fin de dilucidar aspectos como los de objeto en estudio, emitió sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016, dentro del Radicado CE-SUJ2 85001-3333-002-2013-00060-01, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la que precisó:

> *"(...)*
> *Teniendo en cuenta las normas reseñadas, el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 20003 cuyos artículos 1° y 2° definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios.*

---

[2] *Consejo de Estado decisión del 11 Diciembre 2014- radicado 2014-02292-01.*
[3] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*

Sobre este particular, estima la Sala conveniente trascribir los artículos 1° y 2° del referido Decreto Reglamentario 1794 de 2000:[4]

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

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

(...)"

Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000[5] *distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, **quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.***

*En ese sentido, **interpreta la Sala, con efecto unificador**, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,*[6] *en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, **dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,**[7] **cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".***

(...)
En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

(...)
*La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que **la correcta interpretación del artículo 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000**[8] **alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%."***

Teniendo en cuenta el análisis de la sentencia de unificación, encuentra la Sala necesario adoptar el criterio jurisprudencial en cita, el cual se constituye en precedente y referente que armoniza la consecución y efectividad de los principios contenidos en el artículo 103 del CPACA.

---

[4] *Ibídem.*
[5] *Ibídem.*
[6] *Ibídem*
[7] *Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.*
[8] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*

Sin perjuicio de lo anterior, no se desconoce que de manera previa mediante decisión de 2 de junio de 2016 en sede de tutela, Rad. No. 11001-03-15-000-2015-03273-01 con Ponencia de la Consejera MARÍA ELIZABETH GONZÁLEZ, se analizó la **legitimación en la causa por pasiva** en los procesos tramitados ante la jurisdicción respecto de los actos administrativos que denegaron la reliquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que por el tránsito legislativo se convirtieron en soldados profesionales, fallo del que se destacan los siguientes apartes:

> *"(...)*
> *Ahora bien, para Sala, el argumento de la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, sí constituye un defecto sustantivo[9] por indebida interpretación de las normas que regulan el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, el cual perjudica abiertamente los intereses legítimos del accionante y de contera, vulnera sus derechos fundamentales.*
>
> *No es de recibo afirmar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, no está legitimada en la causa por pasiva en un proceso en el que se demandó un acto administrativo propio[10], máxime si a través del mismo se resolvió de fondo una solicitud de reliquidación pensional[11] presentada por el actor, sin advertir incompetencia alguna al momento de emitir dicho pronunciamiento.*
>
> *(...)*
> *De lo expuesto en los apartes transcritos se observa con claridad que CREMIL, aplicó e interpretó directamente las normas inherentes a la asignación básica mensual del actor con el fin de determinar la base de liquidación para su asignación de retiro, actuación que demuestra que sí podía responder por las reclamaciones que dieron lugar al proceso contencioso, lo que hace inentendible y contradictoria la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá de declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva.*
>
> *Aunado a lo anterior, es menester resaltar que el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, como lo reconoce el propio Despacho Judicial accionado, es el competente en materia salarial para los uniformados que se encuentran en*

---

[9] *Sobre el defecto sustantivo, la sentencia de la Corte Constitucional T-125 de 2012 sostuvo:*
*"**El defecto sustantivo**, como una circunstancia que determina la procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales, aparece, como ya se mencionó, cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infra legal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada.*
Tal como lo señala la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo:
(i) Cuanda la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador,
(ii) Cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente,
(iii) Cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva".

[10] *El oficio demandado fue expedido por el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.*

[11] *Pensión y asignación de retiro son términos equiparables.*

servicio activo; sin embargo, el actor era un soldado retirado al momento de la interposición de la demanda, por lo tanto la entidad competente para resolver su reclamación era CREMIL.
(...)"

En virtud de los pronunciamientos antes reseñados es de recibo para la Sala acoger los planteamientos mediante los cuales prima la garantía efectiva del derecho sustancial y el amparo de la tutela del régimen de transición que protegió a un ex soldado voluntario, por lo que en asunto en los cuales se **pretenda la reliquidación de la asignación de retiro** de los soldados voluntarios convertidos a profesionales que se encuentran dentro de lo preceptuado por el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, **CREMIL si está legitimada por pasiva**, sin que sea necesario imponer más cargas al titular del derecho.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine,* en virtud de los problemas jurídicos planteados y teniendo en cuenta el material probatorio que reposa en el plenario, para esta Sala es claro que tal como aparece consignado en la hoja de servicios No. 3-13616503 de fecha 7 de enero de 2015 (fl. 42), ratificado con la Resolución No. 124 de 22 de enero de 2015, acto de **reconocimiento de la asignación de retiro** (fls. 43-44), se encuentra probado en el plenario que el actor prestó sus servicios y se vinculó a las Fuerzas Militares desde el **23 de noviembre de 1994** y hasta el 31 de diciembre de 2014, primero en su condición de soldado regular, luego como soldado voluntario a partir del **1° de junio de 1996 al 31 de octubre de 2003** y finalmente como soldado profesional desde el **1° de noviembre de 2003**; es decir, un tiempo efectivo total de **20 años, 2 meses y 3 días**, por lo que lo cobija lo preceptuado por el **inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000**, encontrándose más que acreditado que a 31 de diciembre de 2000 se encontraba vinculado como soldado voluntario.

En ese sentido, y tal como lo reconoce la entidad demandada, en el presente asunto es procedente la aplicación del **Decreto 4433 de 2004**, especialmente lo establecido en sus artículos 13 numerales 13.2.1 y 16 ya referidos en el marco normativo expuesto en precedencia, en lo que respecta a la asignación de retiro y las partidas computables para determinar el monto de la misma en aplicación de las reglas jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016.

Conforme a lo anterior y reiterando que una de las pretensiones corresponde a declarar la nulidad del acto administrativo N° 2015-52925 de 31 de julio de 2015, expedido por CREMIL, mediante el cual se negó la **reliquidación de la asignación de retiro** del actor, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%), en aplicación del Decreto 1794 de 2000 y ateniendo el acto que ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante, las consideraciones que fundamentan la decisión se contraen a lo **certificado en la hoja de servicios** (fl. 42).

Así pues, la Hoja de Servicios determina que para la fecha de retiro del servicio, el señor JUAN MARTÍNEZ GARZÓN reportaba un sueldo básico en la suma de $862.400, sin el incremento del 60%, lo cual resulta de tomar el salario mínimo legal mensual vigente de 2014[12] y de la descripción de las partidas computables, reporta en la proporción del 58.50% de la prima de antigüedad, por lo que no queda duda que los argumentos de la entidad demandada no cuentan con asidero jurídico ni fáctico, en tanto no se determinó el reconocimiento de la asignación de retiro en el incremento, siendo procedente confirmar la decisión de primera instancia.

Igualmente y al tenor de la jurisprudencia citada en el acápite correspondiente y que esta Sala comparte íntegramente, es claro que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para determinar el monto de la asignación de retiro, es necesario tomar el 70% del salario mensual, el cual debe adicionarse con el 38.5% del 100% de lo percibido por concepto de prima de antigüedad.

En ese sentido, se precisa que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a través de la Resolución No. 124 de 22 de enero de 2015, ordenó en su artículo 1° el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del demandante, a partir del 31 de marzo de 2015, así (fl. 43vto.):

> *"(...)*
> - *En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2731 de Diciembre 30 de 2014) 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 (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (...)"*

Sin embargo, se destaca que en la Tarjeta de Liquidación expedida por el Grupo de Nómina, Embargos y Acreedores de CREMIL (fl. 171vto.), se especificó que la liquidación de la prestación obedecía al 70% de la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, con lo cual se desconoció la ley, tal como lo manifestó la *a quo*.

En efecto, se advierte que no se discute que se esté dando aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sino que, por el contrario, la interpretación que realiza CREMIL sobre la misma no se considera correcta, toda vez que de la lectura de dicha norma puede concluirse sin hesitación alguna que es solo al salario básico mensual al que se aplica el 70%, valor al que debe adicionarse el 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad.

En ese sentido, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad demandada implicaría que al monto reconocido por concepto de prima de antigüedad se le hiciera una doble reducción: la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma y, posteriormente, la del porcentaje del 70%

---

[12] *Reporte del Histórico del Banco de la República.*

que el precepto le asigna al salario básico mensual, lo cual va en contravía de la garantía de los derechos del actor. Además, no puede pasar inadvertido que, en caso de duda acerca del sentido de la disposición, ha de aplicarse la interpretación más beneficiosa al trabajador, atendiendo lo dispuesto en el artículo 53 Superior.

Por lo tanto, la forma como debió haberse liquidado la asignación de retiro al demandante, conforme a lo establecido en el plurimencionado artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, es la siguiente: al salario básico mensual se le debe aplicar el porcentaje del 70%, y a este resultado se le debe sumar o adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad efectivamente devengada por el actor, resultando de dicha operación el monto que le corresponde al demandante por asignación de retiro, tal como lo concluyó la juez de instancia, en tanto no se reclama una reliquidación de la asignación básica en actividad, sino en retiro.

En consecuencia, la sentencia apelada se confirmará.

4.1. De la prescripción

Si bien el derecho a la asignación de retiro en sí mismo es imprescriptible, dicha cualidad no cobija el pago de las diferencias económicas causadas por efecto de la orden de reliquidación, las cuales siguen la regla de extinción por el paso del tiempo a pesar de que el derecho permanezca incólume.

Por lo tanto, aunque la juez de instancia encontró que en el presente asunto no operó el fenómeno de la prescripción, situación que comparte esta Sala, se hace necesario precisar que dando aplicación a lo contemplado en los artículos 157 y 155 de los Decretos Nos. 2062 de 1984 y 1211 de 1990, respectivamente, **el término de prescripción en este caso es cuatrienal**[13] y no trienal como lo sostuvo la *a quo*.

5. DE LA CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo al artículo 361 del CGP, el concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el CPACA, gastos ordinarios del proceso[14] y otros como son los necesarios para el traslado de testigos y la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia (como peritos y secuestres), transporte del expediente al Superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, la noción de costas incluye las agencias en derecho, que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora

[13] *Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia de 2 de febrero de 2012, Rad. No. 11001-03-15-000-2011-01498-00(AC), C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.*
[14] CPACA, Arts. 171-4.

atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado[15], los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el numeral 8° del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007[16].

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el seno del Consejo de Estado se han suscitado tres posiciones acerca del análisis que debe desarrollar el Juez al momento de decidir, en los términos del artículo 188 del CPACA, sobre la condena en costas. Al respecto, la Subsección C de la Sección Tercera (no de forma pacífica), ha indicado que es necesario efectuar un test de proporcionalidad que involucre la afectación al acceso a la Administración de Justicia (idoneidad), su grado de intensidad (necesidad) y su repercusión en términos de tasación de la aludida condena (proporcionalidad en estricto sentido)[17].

Por otra parte, la Subsección B de la Sección Segunda ha sostenido que la norma en comento no implica la condena de manera *"automática"* u *"objetiva"* frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello en consideración a que deben observarse una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debe ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis en el que el Juez debe evaluar las circunstancias para imponerla o no[18].

Finalmente, la Subsección A de la Sección Segunda acogió el criterio *objetivo-valorativo* para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho), al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), con los siguientes argumentos:

> *"(...) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
>
> *a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio 'subjetivo' -CCA- a uno 'objetivo valorativo' -CPACA-.*
> *b) Se concluye que es 'objetivo' porque en toda sentencia se 'dispondrá' sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

---

[15] Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

[16] Regula la norma como deber de los abogados, el de *"...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto"*.

[17] Ver, por ejemplo: CE 3C, 29 Ene. 2018, e25000233600020150040 5-02 (59179), J. Santofimio.

[18] Ver, por ejemplo: CE 2B, 9 Nov. 2017, e18001-23-33-000-2015-00214-01(1050-17), S. Ibarra.

*c) Sin embargo, **se le califica de 'valorativo' porque <u>se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.</u>** Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. **<u>Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.</u>***

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (...)"

Bajo el anterior contexto, la Sala ha acogido el criterio objetivo-valorativo en la condena en costas, debido a que se ciñe de forma más estricta a las disposiciones que regulan la materia. En este sentido, la aplicación del test de proporcionalidad se considera inadecuada en razón a que se emplea como instrumento de tasación, sin que de por medio se presente una tensión entre derechos o principios que requiera la realización de un examen sobre su coexistencia (o contraposición) y peso en situaciones concretas. Por otra parte, es clara la intención del legislador de abandonar el criterio subjetivo para efectos de decidir si se impone o no la condena, ya que no se dispuso la evaluación de aspectos como la temeridad o mala fe.

Lo anterior no implica que no deba verificarse que las costas se hayan causado, sino que no debe acudirse a elementos extraños a la regulación para determinar y, de ser el caso, cuantificar la suma por la que debe condenarse. Esto sin dejar de lado que, como se dijo, las costas están integradas por las expensas y las agencias en derecho y, mientras que la acreditación de las primeras se lleva a cabo valorando los gastos causados y quien los sufragó, las segundas se derivan de la actividad procesal de la parte vencedora.

Descendiendo al caso concreto, se observa que en la **primera instancia** se condenó en costas a la entidad accionada, lo cual resulta lógico en la medida en que (i) fue vencida en el litigio, (ii) el accionante necesariamente incurrió en expensas para efectos de las notificaciones requeridas, y (iii) la parte actora mantuvo actividad procesal con la interposición de la demanda y su intervención en la Audiencia inicial, donde se dictó sentencia.

Por su parte, en la **segunda instancia** si bien (i) a la entidad demandada -CREMIL le fue resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, (ii) el demandante no ejerció actividad procesal alguna, pues no se pronunció durante el traslado de alegatos de conclusión.

En suma, en el *sub lite* en criterio de la Sala no procede la revocatoria de la condena en costas dictada en el fallo apelado y, en esta instancia, no se condenará a CREMIL al pago de las mismas.

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: Confirmar la sentencia de primera instancia (fls. 204vto.-205), proferida en audiencia inicial simultánea el 25 de noviembre de 2016 por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
*Rad. No. 150013333015-**2016-00005**-01*
Demandante: JUAN MARTÍNEZ GARZÓN
Demandado: CREMIL Y OTRO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
20

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 1

Tunja, 06 FEB 2018

Magistrado Ponente: **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO
DEMANDANTE:	CLAUDIA PATRICIA FAJARDO MORENO
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE DEPORTES-COLDEPORTES
RADICACIÓN:	150013333015201600213-02

==========

Sería del caso continuar con el trámite del recurso de apelación interpuesto por la demandada, no obstante, resulta necesario pronunciarse sobre el desistimiento visible a folio 190.

I. ANTECEDENTES

Mediante sentencia proferida por el Juzgado Quince Administrativo de Tunja, el 24 de agosto de 2017, se declaró no probada la excepción de pago total propuesta por la parte demandada, razón por la cual se ordenó seguir adelante con la ejecución.

En virtud a lo anterior, la accionada interpuso y sustentó recurso de apelación en la misma diligencia. Impugnación que fue admitida por esta Corporación para darle el trámite correspondiente.

A través de escrito radicado durante el trámite de la segunda instancia, el apoderado de la parte demandada allegó desistimiento del recurso de apelación, y solicitó ser exonerado de la condena en costas, debido a que no hubo mala fe, ni temeridad en su accionar.

II. CONSIDERACIONES

En virtud de lo expuesto, corresponde determinar si en el presente caso se configuran los presupuestos para aceptar el desistimiento presentado, y en caso afirmativo, si existe mérito para condenar en costas al recurrente.

2.1. Generalidades del desistimiento.

El desistimiento ha sido considerado como una forma anormal de concluir el proceso. Sobre esta figura, la doctrina autorizada ha manifestado que se da "*cuando el demandante, luego de instaurada la relación jurídica procesal, y antes de que se haya dictado sentencia que ponga fin al proceso, es decir sentencia ejecutoriada, renuncia íntegramente a las pretensiones formuladas*".[1]

La normatividad especial que regula lo9s procesos adelantados ante esta Jurisdicción (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se limitó a regular el desistimiento tácito de la demanda (artículo 178, Ley 1437 de 2011), pero cuando el abandono de las pretensiones es el resultado de una manifestación concreta del accionante; debe darse aplicación a las normas del Código General del Proceso, normatividad aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA.

A fin de decretar el desistimiento, el legislador impuso una serie de limitaciones las cuales deben ser examinadas en cada caso. Sobre el particular, el artículo 314 del CGP establece lo siguiente:

> "***Desistimiento de las pretensiones.*** *El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el recurso.*
>
> *El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.*"
> (Subrayas fuera de texto)

La norma en cita confiere la posibilidad a la parte actora de abandonar sus pretensiones antes del fallo que ponga fin al proceso, y como quiera que en el presente caso, fue presentada solicitud de desistimiento ante esta Corporación, por fungir como juez de segunda instancia, se entenderá que el mismo comprende **la impugnación presentada contra el fallo de primera instancia denegatoria de las pretensiones.**

Por otra parte, el artículo 315 del CGP, consagra que no pueden desistir de las pretensiones de la demanda: *i)* los incapaces y sus representantes legales, *ii)* los apoderados que no tengan facultad expresa para ello, y *iii)* los curadores *ad litem*.

[1] LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, Procedimiento Civil Undécima edición; Dupre Editores 2013, pág. 1037.

Conforme a lo expuesto, los presupuestos que deben ser analizados para que proceda la aceptación del desistimiento son, grosso modo, que no haya sido proferida sentencia ejecutoriada que ponga fin al proceso, y que sea presentado por una persona capaz y facultada para tal fin.

2.2. Condena en Costas.

Sobre el tema de la condena en costas en casos de desistimiento de las pretensiones, el inciso 4° del artículo 316 del CGP consagra lo siguiente:

> *"el auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió, lo mismo que a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas.*
>
> *No obstante, el juez podrá abstenerse de condenar en costas y perjuicios en los siguientes casos:*
>
> 1. *Cuando las partes así lo convengan.*
>
> 2. *Cuando se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido.*
>
> 3. *Cuando se desista de los efectos de la sentencia favorable ejecutoriada y no estén vigentes medidas cautelares.*
>
> 4. *Cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días y, en caso de oposición, el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas."*

Se infiere que existe una regla general, según la cual debe condenarse en costas a quien desiste de su *petitum*, salvo que esté incurso en una de las causales establecidas en la noma en comento, caso en el cual, no procederá sanción alguna de tal naturaleza.

Como quiera que en el presente caso el desistimiento fue condicionado, dando aplicación al numeral tercero ibídem, se dio traslado de la citada solicitud al demandante, quien guardó silencio. (fl.196)

2.3. Caso concreto.

Encuentra la Sala que el desistimiento del recurso de apelación, visible a folio 190 cumple con los requisitos formales que exige la ley, consagrados en los artículos 314 y siguientes del CGP, así:

- **Oportunidad:** fue presentado en tiempo, puesto que aún no se ha dictado sentencia que ponga fin al proceso, ya que estaba en trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada.

- **Capacidad:** La manifestación la hace la parte interesada, por medio de su apoderado judicial (fol. 115).

De otra parte, se advierte que dentro del término de traslado concedido a la parte accionante para pronunciarse sobre las costas, la misma guardó silencio, por lo cual se dará aplicación a la consecuencia prevista en el inciso final, numeral 4 del artículo 316 del CGP, absteniéndose la Sala de imponer condena de tal naturaleza.

Por lo expuesto, la Sala

III. RESUELVE:

PRIMERO. ACEPTAR el desistimiento del recurso de apelación presentado por la parte demandada.

SEGUNDO. Declarar terminada esta instancia y en firme la providencia recurrida.

TERCERO. Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO. En firme esta providencia, remítase el proceso al Despacho de origen.

Notifíquese y cúmplase

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
La anterior se notifica por estado
No. 20 de hoy, 28 SEP 2018
EL SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 07 FEB 2018

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante: **Aquileo Molina Cómbita**
Demandado: **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social**
Expediente : **15001-33-33-015-2016-00264-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 27 de marzo de 2017, por el Juzgado Quince 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 las Resoluciones RDP 007537 de 20 de febrero de 2016 por la cual se niega la reliquidación de la pensión al demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, y RDP 015528 de 13 de abril de 2016 en la cual se resuelve el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la negativa de reliquidación.

A título de restablecimiento solicita que la demandada reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, que se pague la diferencia adeudada de las mesadas, que se indexen tales sumas, y que se condene a la entidad al pago de intereses moratorios.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones manifiesta que es médico de profesión y que en calidad de empleado público laboró para diferentes entidades del Estado por un tiempo superior a 20 años, siendo beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Indica que laboró de manera simultánea para el Hospital San Rafael de Guayatá y para el INPEC, siéndole reconocida pensión de jubilación mediante Resolución 001071 de 28 de enero de 2000 por parte de Cajanal a partir del 1° de noviembre de 1998 condicionada a demostrar el retiro del servicio, lo cual se presentó el 15 de octubre de 1998 al desvincularse del INPEC, ya que con el Hospital laboró entre el 16 de octubre de 1997 al 30 de junio de 1998.

Señala que mediante Resolución 03384 de 13 de octubre de 2000 le fue reliquidada la pensión, calculándola con la asignación básica y bonificación por servicios prestados del INPEC, junto con el sobresueldo devengado en el Hospital, sin tener en cuenta los demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

Narra que por lo anterior, el 19 de noviembre de 2015 solicitó la reliquidación de la pensión de su pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de servicios, la cual le fue resuelta de manera negativa a través de los actos administrativos referidos en las pretensiones de la demanda.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de 23 de septiembre de 2016 se admitió la demanda, 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 (fls. 68-71).

1. Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda en los siguientes términos:

Sostiene que el demandante no reúne los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, y por tanto los factores solicitados no se encuentran dentro de los reconocidos por la ley, y aún más, no tienen relación directa con el servicio y por tanto no puede concluirse que constituyen factor salarial.

Así, señala que no es posible la inclusión de factores salariales en la base de liquidación pensional diferentes a los previstos en los preceptos normativos aplicables al caso concreto, que no son otros que los establecidos en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Indica que por tal razón se aparta de lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, como quiera que el legislador estableció claramente los factores salariales a tener en cuenta por parte de las administradoras pensionales al momento de liquidar la base pensional, de ahí que los factores salariales que pueden ser incluidos son los establecidos en las leyes citadas, sobre los cuales el beneficiario haya realizado aportes.

La demandada formuló llamamiento en garantía en contra del INPEC el cual fue negado en auto de 16 de febrero de 2017 (fls. 235-238).

2. Audiencia inicial

Evacuadas las etapas previstas en la audiencia inicial el *a quo* 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. FALLO RECURRIDO

Mediante fallo proferido en audiencia el 27 de marzo de 2017, se declaró la nulidad de las Resoluciones RDP 007537 de 20 de febrero de 2016 por la cual se niega la reliquidación de la pensión, y RDP 015528 de 13 de abril de 2016 en la cual se resuelve el recurso de apelación confirmando tal decisión, ordenando a la UGPP a reliquidar la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta además de los factores de asignación básica y bonificación

por servicios prestados ya reconocidos en la liquidación de su pensión, lo devengado por concepto de gastos de representación, primas de navidad, servicios y vacaciones, y subsidio de alimentación, devengados durante el año anterior al retiro del servicio.

Dispuso también, declarar probada la prescripción trienal sobre las mesadas causadas con anterioridad al 19 de noviembre de 2012, ordenando pagar las diferencias en las mesadas a partir de esa fecha, su indexación, realizar los descuentos a seguridad social frente a los factores cuya inclusión se ordena, el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C. P. A. C. A., y condenó en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Para llegar a las anteriores conclusiones analizó la prohibición constitucional de desempeñar de manera simultánea más de un cargo público (art. 128 C. P.) encontrando que una de las excepciones a tal regla es la relacionada con los trabajadores que perciben honorarios por concepto de servicios profesionales de salud, cuyo desarrollo se encuentra en la Ley 4° de 1992, caso en el que se encuentra el demandante, teniendo derecho en consecuencia, a que su pensión se liquide con los factores devengados en las dos instituciones para las cuales laboró.

Expuso que el demandante hace parte de los funcionarios a quienes se le debe aplicar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por haber nacido el 12 de mayo de 1933, y por tanto le es aplicable la jurisprudencia sobre el tema en que se indica que la liquidación de la pensión debe realizarse también de conformidad con el régimen anterior, pues de lo contrario se perdería el beneficio de ese sistema especial de transición.

Así, en cuanto a los factores a tener en cuenta, acata el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, en la que se indicó que la Ley 33 de 1985 no señala en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la

inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Con lo anterior, y con fundamento en las pruebas aportadas al expediente, determinó que en un principio la pensión fue liquidada tomando la asignación básica y el sobresueldo, para luego ser reliquidada agregando a los anteriores la bonificación, sin embargo, de conformidad con los certificados aportados el demandante percibió en el Hospital San Rafael de Guayatá asignación básica, gastos de representación, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de vacaciones. Y en el INPEC asignación básica, subsidio de alimentación, primas de navidad, vacaciones y servicios, y las bonificaciones de servicios y recreación.

Concluyó entonces que las pretensiones estaban llamadas a prosperar por cuanto tales conceptos constituyen factor salarial por retribuir los servicios del empleado, indicando que en caso específico de las primas de vacaciones y de navidad, aunque no se encuadran en tal concepto, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 les dio expresamente tal connotación. Frente al sobresueldo, determinó que debía excluirse en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma, como quiera que no demuestra devengarlo en el último año, y frente a la bonificación por recreación recordó que la misma no constituye factor salarial.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

1. Demandante

El apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación en término (fls. 374-375) solicitando modificar el fallo de instancia en cuanto resolvió excluir el factor denominado sobresueldo de los factores salariales sobre los cuales se liquida la pensión.

Señala que este factor –que se encontraba como partida de la pensión previo al inicio de la demanda- se debe mantener pues de lo contrario afectaría los

principios de non reformatio in peius, derechos adquiridos y situaciones ajenas a la demanda.

2. UGPP

La entidad demandada (fls. 35-373) se limita a reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda, agregando que la condena en costas solo procede cuando la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, y en el presente proceso no existió conducta dilatoria, por lo cual no debe condenarse en costas, igualmente por prosperar parcialmente las pretensiones de la demanda, por encontrarse configurada la excepción de prescripción.

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 los recursos de apelación interpuestos (fls. 379-381), el cual fue admitido en providencia de 14 de julio de 2017 (fl. 391).

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, corriendo traslado para alegar de conclusión (fl.397), oportunidad utilizada por la entidad demandada para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls.399-417), y por el demandante para realizar señalar que el factor excluido de "sobresueldo" tiene las características para ser considerado factor salarial, y en consecuencia no puede ser retirado de las partidas computables para la liquidación de la pensión.

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si procede liquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el último año al retiro del servicio,

para quien como el demandante se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Para despejar este interrogante, la Sala considera necesario establecer la posibilidad de liquidarla con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, teniendo en cuenta que no existe controversia respecto a que finalmente, el precepto legal que lo cobija en materia pensional son las Leyes 33 y 62 de 1985.

Adicionalmente, atendiendo los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, debe establecerse si en virtud de la pretensión de liquidar la pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales percibidos durante el último año de servicio, es posible excluir otros que habían sido tenidos en cuenta por la entidad demandada pero que no se encuentran certificados como devengados en el último año de servicios.

2. - Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que el demandante se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que por lo mismo se le deben aplicar los requisitos establecidos en la ley anterior para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, si los dispuestos en la citada norma como lo afirma la parte demandada, o al contrario, los establecidos en la norma anterior como lo expuso el apoderado de la parte actora.

La Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 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, al demandante le es aplicable la citada ley, toda vez que en virtud del **principio de inescindibilidad** normativa, no se puede para una misma situación fáctica aplicar varias disposiciones normativas, lo cual descarta de entrada el interrogante propuesto por la parte actora.

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 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.

[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 aplicable al accionante para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación las normas establecidas en la precitada ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto, que debe atenderse el criterio de unificación en mención en el que consideró que la pensión debe liquidarse con base 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 en innumerables fallos v. gr la sentencia de 26 de agosto de 2010, expedida por la Subsección B, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159- 01, asimismo, la sentencia del mismo ponente de 3 de febrero de 2011, expedida por la Subsección B, radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Entonces, esta Sala atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, como en el

caso del accionante, se tendrán en cuenta los factores devengados en el último año de servicios y no aquellos sobre los cuales la accionada liquidó, que contrario a lo expuesto por la parte actora no afectan los principios de non reformatio in peius, como quiera que el monto pensional en todo caso se verá incrementado, ni de derechos adquiridos, en atención a que lo aquí resuelto otorga el derecho que de acuerdo a la historia laboral corresponde al demandante, lo que en conjunto con las consideraciones expuestas sobre el principio de inescindibilidad lleva a que se nieguen las suplicas del recurso.

En tal sentido procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, que conforme a las certificaciones salariales se encuentren acreditados.

Así las cosas, establecido como quedó líneas atrás que, los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la accionante son las Leyes 33 y 62 de 1985, es claro que tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el último año de prestación del servicio esto es, entre el 16 de octubre de 1997 y el 15 de octubre de 1998.

De conformidad a las certificaciones de salarios expedidas por el Hospital San Rafael de Guayatá (fls.37-38, y doc 10, 37 y 47 del cd obrante a folio 178) y por la Cárcel de Guateque (fls. 39,42 y 46-47), el peticionario percibió los siguientes factores salariales en el último año de servicios: asignación básica, primas de navidad, servicios y vacaciones, y bonificación por servicios, gastos de representación y subsidio de alimentación, de los cuales la entidad demandada sólo tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión la asignación básica y la bonificación luego significa que excluyó los restantes.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

3. –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.

4. –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.

---

[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."*

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 ilicitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y **que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación**[3].

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen **ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario**[4], lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, **obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral**, y por el contrario, **representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva** (...)."

6.14. **En dichos eventos**, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, **los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral**, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen **vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos** (...)."[5]

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, **evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión**..." (Resaltado fuera de texto)

La lectura de la sentencia acabada de citar, si bien enfatiza en que el régimen de transición no incluyó el IBL, como en contrario, lo ha concluido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación[6], enfatiza también en que resulta inadmisible la interpretación del superior funcional, cuando en su aplicación se evidencia un **abuso del derecho** que, podría decirse, se tipifica cuando en el 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*

[3] *Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*
[4] ***Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.***
[5] Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*
[6] Ver entre otras, SU de 25 de febrero de 2016 radicado 25000 -2342-2013-01541-01 (4683-2013) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

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 los certificados de salarios aportados no se presentó mayor variación en el salario 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, además debe tenerse en cuenta que la sentencia hace referencia a "...los casos en los que existen vinculaciones precarias, encargos con salarios elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación a través de figuras como la suplencia en los casos de los Congresistas, el encargo en el caso de los Magistrados y la provisionalidad", situaciones que no se evidencian para el caso del demandante.

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.

5. –Procedencia de la condena en costas en primera instancia

Por último, frente a los argumentos por los que considera el recurrente no debió condenarse en costas, debe recordarse que el artículo 188 del C. P. A. C. A. admite la posibilidad de resolver sobre las mismas de conformidad con las normas del Procedimiento Civil, dejando como única excepción los procesos en que se ventile un interés público.

En cuanto a la condena en costas el Consejo de Estado en sentencia de 16 de abril de 2015 precisó:

> "Si bien una lectura rápida de la disposición, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la

> norma utiliza la expresión *"dispondrá"*, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.
>
> Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide".

Y en aplicación del nuevo procedimiento administrativo es evidente que no debe probarse el abuso del derecho o la mala fe para proceder a condenar en costas a la parte vencida, debiendo aplicarse las reglas establecidas en el artículo 365 del C. G. P., que para el caso, dispone que se condenará en costas a la parte vencida.

Resta decir que el nuevo estatuto adoptó en esta materia un criterio objetivo, siguiendo la tendencia moderna en materia procesal que sugiere hacer abstracción de la intención y de la conducta asumida por la parte vencida, como una forma de estimular el ejercicio diligente y serio del derecho de acción, y que el monto fijado no fue reprochado.

Así, en atención a la prosperidad de las pretensiones y de tratarse de un asunto en que en la jurisprudencia ha tenido un desarrollo pacífico, se confirmará también en este aspecto la sentencia.

6. -Costas y agencias en derecho

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, 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 Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja de fecha 27 de marzo de 2017, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. Sin condena en costas

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

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

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrado

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifico por estado
No. 20 de hoy 08 FEB 2018
EL SECRETARIO

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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 6 FEB. 2018

ACCIONANTE:	JAVIER MERCHÁN VEGA
ACCIONADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
VINCULADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
REFERENCIA:	152383333752-**2015-00118**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO – PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y 60% DE INCREMENTO
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada - CREMIL, contra la sentencia proferida en audiencia inicial simultánea el 5 de abril de 2017, por el Juzgado Segundo del Circuito de Sogamoso, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

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

El señor JAVIER MERCHÁN VEGA, a través de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, con el objeto de que se declare la nulidad de los Actos Administrativos No. 2014-29975 y No. 2014-31578 expedidos el 13 y 19 de mayo de 2014, respectivamente, por medio de los cuales la entidad demandada le negó lo siguiente:

- La liquidación de su asignación de retiro, tomando como base un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

- La liquidación de la prima de antigüedad, dando correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento de derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada a **i)** liquidar la asignación de retiro del actor, en virtud de lo señalado en el inciso 2 del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60% del mismo);

ii) liquidar la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de del Decreto 4433 de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica, se le adiciona el 38.5% como prima de antigüedad; **iii)** reajustar la asignación de retiro del actor, año por año, a partir de su reconocimiento, hasta la fecha; **iv)** pagar de forma efectiva e indexada los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año de reconocimiento de la asignación en adelante, hasta la fecha en que sea reconocido el derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A.; **v)** pagar los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, conforme a los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.; y **vi)** condenar a la accionada al pago de costas, gastos procesales y agencias en derecho.

1.1.2. Fundamentos fácticos (fls. 3-4)

El apoderado del demandante, indicó que el señor JAVIER MERCHÁN VEGA, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional y que una vez terminado el periodo reglamentario, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985, se incorporó como soldado voluntario.

Adujo que a partir del 1° de noviembre de 2003, por disposición administrativa del Comando del Ejército, fue promovido como Soldado Profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza Militar.

Señaló que previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, CREMIL le reconoció al actor una asignación de retiro, mediante Resolución No. 1477 de 7 de marzo de 2014. Añadió que desde entonces, la demandada viene liquidando su asignación teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 40% del mismo y aplicando el 70% a la sumatoria entre la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad.

Manifestó que el 6 y el 9 de mayo de 2014, solicitó a la accionada que liquide su asignación su asignación de retiro conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad y que se tome como base de liquidación la establecida en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, peticiones que fueron negadas por CREMIL, a través de los actos administrativos No. 2014-29975 y No. 2014-31578 del 13 y 19 de mayo de 2014, respectivamente.

1.1.3. Normas violadas y conceptos de violación (fls. 4-20)

Señaló como normas violadas el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; la Ley 131 de 1985, Ley 4ª de 1992, Ley 923 de 2004, Decretos 1793 y 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL (fls. 51-55)

Dentro de la oportunidad procesal concedida para el efecto, la apoderada de CREMIL se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó los hechos relacionados únicamente con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

Luego de hacer un recuento sobre los antecedentes de la demanda, propuso como excepciones las siguientes:

i) "Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes": Frente a dicha excepción, señaló que CREMIL es el encargado de reconocer y pagar asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento. Aclaró que conforme al artículo 217 inciso 3 de la Constitución Política, los miembros de las FFMM hacen parte de un régimen especial y en desarrollo de tal precepto se han expedido distintos decretos encontrándose vigente el Decreto 4433 de 2004.

ii) "No configuración de violación al derecho a la igualdad": Destacó el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994, del cual concluyó que en este caso no se ha vulnerado el derecho a la igualdad, pues fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004.

iii) "Inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste solicitado 40-60%": Al respecto, indicó que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, que se refiere a un incremento del 40%, más no el inciso 2° como afirma el demandante (60%), lo anterior, teniendo en cuenta que en la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, se encuentran las partidas computables prestaciones unitarias, entre las que se enuncia el sueldo básico, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se incrementará en un 40%.

iv) "Correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro": Señaló que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es claro al establecer que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico, incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad tal como lo ha venido aplicando CREMIL. Para soportar su postura, citó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de septiembre de 2013, Rad. No. 2012-00086-01, M.P. Dra. Amparo Oviedo Pinto.

v) "No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares": Señaló que la entidad ha actuado conforme a la ley y que los actos enjuiciados se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, por tal razón, advirtió que deben desestimarse las pretensiones de la demanda.

vi) "No configuración de causal de nulidad": Consideró que los actos administrativos demandados no están inmersos en ninguna causal de nulidad contemplada en el artículo 137 del CPACA, por el contrario, las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a la normatividad vigente aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares.

vii) "Prescripción de mesadas según reajuste": Manifestó que en caso de que al demandante le asistiera algún derecho respecto a las pretensiones, debe declararse probada la excepción de prescripción trienal del derecho, conforme al artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

1.2.2. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional (fls. 102-108)

Mediante auto de 25 de julio de 2016, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, resolvió vincular al presente proceso a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL y ordenó la notificación de la demanda, razón por la cual la apoderada de dicha entidad, se pronunció sobre la misma en los siguientes términos:

La apoderada de la entidad vinculada, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, y propuso como excepciones las siguientes:

i) "Falta de legitimación en la causa por pasiva": Señaló que el Ministerio de Defensa no fue quien expidió los actos administrativos cuya nulidad se pretende.

ii) "Inepta demanda – al no dirigirse la demanda contra el Ministerio de Defensa Nacional previo el cumplimiento de los trámites y procedimientos correspondientes": Refirió que el actor estaba en la obligación de demandar a todas las entidades involucradas y que en cierta medida, serían las eventuales responsables de restablecer el derecho invocado, y que dichas omisiones no pueden ser subsanadas por el operador judicial.

iii) "Prescripción": Indicó que el actor pasó de Soldado Voluntario a Soldado Profesional en noviembre de 2003 y que desde ese año hasta el 2015 nunca manifestó su inconformidad, pasando más de 12 años para que acudiera a reclamar el derecho que pretende en esta acción; por tanto, consideró que conforme al artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, operó en este caso el fenómeno de la prescripción cuatrienal.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, mediante sentencia proferida en audiencia inicial simultánea el 5 de abril de 2017, resolvió (fls. 196-204 y CD fl. 205):

> ***"PRIMERO.- Declarar no probadas** las excepciones propuestas por las demandadas invocadas por **CREMIL** "Legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL – 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 las mesadas causadas.*
>
> ***Segundo.- Declarar no probadas** las excepciones propuestas por la parte demandada Nación – Ministerio de Defensa – **Ejército Nacional**, denominadas: "Falta de legitimación en la causa por pasiva; Inepta demanda y prescripción".*
>
> *(...)*
> ***Cuarto.-** Declara la **nulidad** del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2014-29975 del 13 de Mayo del 2014 y Acto administrativo No. 2014-31578 de fecha 19 de Mayo del 2014, mediante los cuales CREMIL, negó el reajuste de la liquidación de la asignación de retiro del señor JAVIER MERCHÁN VEGA.*
>
> ***Quinto.-** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional para que expida certificación salarial y ajustar la hoja de servicios en la que se señale que los soldados profesionales, (...) JAVIER MECHÁN VEGA, identificado con C.C. No. 9.399.848 de Sogamoso, su salario básico al momento de su retiro corresponde a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).*
>
> ***SEXTO-** A título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – CREMIL a re-liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales (...) JAVIER MECHÁN VEGA, identificado con C.C. No. 9.399.848, ambas efectivas a partir del 15 de abril del 2014, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:*
>
> 1. *El salario mensual como suma computable para liquidar corresponde a un (1) salario mínimo legal mensual vigente al momento del retiro incrementado en un sesenta por ciento (60%).*
>
> 2. *Al resultado obtenido de aplicar el equivalente al 70% del salario mensual antes ordenado, se debe sumar o adicionar el valor correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad.*
>
> *(...)*
> ***Octava -** La entidad condenada, en la nueva liquidación que se disponga, deberá realizar los descuentos indexados al valor de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión con destino a las cajas de previsión respectivas, no efectuados sobre las diferencias salariales y prestacionales reconocidas en esta sentencia, aplicada a los últimos cinco (5) años de la vida laboral de los demandantes. El monto máximo a descontar, no podrá superar el valor de la condena que se reconoce a favor de los demandantes.*

***Noveno-** Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Defensa – CREMIL, parte vencida en el proceso, las cuales se liquidarán por Secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.*

***Décimo-** Se fijan como agencias en derecho la suma correspondiente al 4% del valor de las pretensiones concedidas en la presente providencia.*

(...)"

Para adoptar tal determinación, el juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia (fls. 200vto.-201), precisando que el Decreto 1793 de 2000 "*por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*", dispuso que los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales siempre y cuando así lo hubieren expresado, quedando sometidos íntegramente a lo dispuesto en este decreto.

En ese sentido, advirtió que el artículo 38 del Decreto 1793 en mención, autorizó al Gobierno Nacional para expedir el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales, con base en la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos, por lo que se expidió el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en cuyo artículo 1° inciso segundo estableció un régimen de transición en materia pensional para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales.

Señaló que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, Exp. CE-SUJ2 No. 003/16, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, interpretó el Decreto 1794 de 2000, precisando que la asignación mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

De otro lado, refirió que la interpretación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en el que se establece la manera de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, es aplicando el 70% al salario básico, al cual debe sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad.

Para el caso concreto, el *a quo* destacó que teniendo en cuenta que el accionante, luego de prestar su servicio militar obligatorio, fue incorporado al Ejército Nacional como soldado voluntario y que a partir del 1° de noviembre de 2003 fue promovido a soldado profesional, tiene derecho a que el salario base para liquidar su asignación de retiro se reajuste conforme al inciso 2 del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 y no en el 40% que venía devengando antes de su retiro y a que la accionada aplique correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y no como venía liquidando la asignación de retiro: 70% (salario básico + 38.5% de la prima de antigüedad).

Manifestó que en el presente asunto no operó el fenómeno de la prescripción, pues como la asignación de retiro del actor fue reconocida a partir del 15 de abril de 2014 y la petición fue elevada el 6 de mayo del mismo año, no transcurrieron más de 4 años desde la vigencia del derecho hasta la fecha de la reclamación (artículo 174 del Decreto 1211 de 1990).

Finalmente, condenó en costas a la entidad demandada CREMIL, en virtud a que prosperaron las pretensiones de la demanda (artículo 188 del CPACA).

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En el término legal, el apoderado de la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, allegó escrito de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos (fls. 218-221):

En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro, adujo que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es claro que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague la asignación de retiro así:

"Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) = 140%
Prima de Antigüedad = 38.5%

Asignación de retiro:

70% = (Sueldo Básico+ 38.5% de Prima de Antigüedad)"

Por lo anterior, consideró que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de: salario básico incrementado en el 38.5 % de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando tal entidad.

Para soportar su posición, trajo a colación la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, Rad. No. 2012 00086-01.

Finalmente, solicitó se exonere a su representada de la condena en costas, pues en este caso CREMIL dio contestación a la demanda, aportó lo antecedentes del acto demando, acudió oportunamente a la realización de la audiencia inicial y no realizó actos dilatorios ni temerarios, y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no debe imponerse la condena en costas de manera automática sino que debe entenderse que aquella es el resultado de observar una serie de factores.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en audiencia de conciliación llevada a cabo el 14 de junio de 2017, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de

Sogamoso (fl. 235 y CD fl. 236) y admitido por esta Corporación mediante proveído de 13 de julio de 2017 (fl. 249). A través de auto de 3 de agosto de 2017, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 253).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandante (fls. 261-269)

El apoderado del señor JAVIR MERCHÁN VEGA, solicitó se confirme la sentencia apelada y se tenga en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues existe un mandato expreso relacionado con la asignación salarial de quienes siendo soldados voluntarios se vincularon posteriormente como soldados profesionales, según el cual *"quienes a 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%)"*.

2.1.2. La **entidad demandada – CREMIL** y la **entidad vinculada Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, guardaron silencio.

2.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fls. 255-260)

El Procurador 122 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja, profirió Concepto de fecha 10 de agosto de 2017, en el cual solicitó se confirme el fallo de primera instancia, en tanto resulta necesario aplicar el principio de favorabilidad en materia pensional, pues al tenor literal de lo consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, la interpretación que debe dársele al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es la que efectivice en mayor grado los derechos prestacionales.

Así pues, precisó que resulta acertado liquidar la asignación de retiro del accionante, computando el 70% del salario básico adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada - CREMIL, contra la sentencia proferida en audiencia inicial simultánea el 5 de abril de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

En los términos del recurso de apelación presentado por la parte demandada – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, corresponde a esta Sala establecer si:

> ***i)*** *¿CREMIL liquidó correctamente la asignación de retiro del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 o, si tal como lo manifestó el juez de instancia, se realizó una interpretación errónea de dicha normatividad?*
>
> ***ii)*** *¿Corresponde a CREMIL, atendiendo la legitimación en la causa por pasiva, la reliquidación y pago de la asignación de retiro en el 60%, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000?*
>
> ***iii)*** *¿Se ajustó a derecho la condena en costas impuesta por el a quo en la sentencia de primera instancia, o por el contrario, como lo manifiesta la entidad accionada, aquella resulta inviable en razón a que solo habrá lugar a ellas cuando se observen una serie de factores, tales como la conducta de las partes y que en el expediente aparezcan causadas y comprobadas?*

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales. Porcentajes de Liquidación.

Mediante la Ley 131 de 1985, se dictaron normas sobre el servicio militar voluntario, disponiendo que el mismo podía ser prestado por aquellos que habiendo prestado el servicio militar obligatorio hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados[1].

A su vez, el artículo 4 de la ley en mención indicó:

> *"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."*

En virtud de ello, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el **Decreto 1793 de 2000**, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional del personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y dispuso lo que sigue, en cuanto a la asignación salarial y **el derecho a la prima de antigüedad** de los mismos:

> ***"(...) ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL.*** *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente*

[1] *Artículo 2.*

al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

***ARTÍCULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD.** Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%). (...)"* (Subraya la Sala).

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 el numeral 2.1 del artículo 2°, se estableció como criterio el respeto a los derechos adquiridos conforme a las disposiciones anteriores a su entrada en vigencia. Así mismo, el numeral 3.3 del artículo 3° de la citada ley, previó que *"las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública"*.

En desarrollo de la norma antes referida, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004, *"por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*, que en su Capítulo Primero reguló lo relacionado con la asignación de retiro, señalando en el artículo 13 las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

***"(...) Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares.** La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 Oficiales y Suboficiales:
(...)
13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

***13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.** (...)"* (Negrita y subraya fuera de texto).

De igual manera, en el artículo 16 se diferenció la asignación de retiro de los Soldados Profesionales de la del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, como a continuación se cita:

> ***"(...) ARTÍCULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales.** Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, **adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.** En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De la norma anterior, se colige que para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales debe tenerse en cuenta tanto la **asignación básica como la prima de antigüedad**, determinándose como forma de liquidación para extraer el valor de la mesada que debe **pagarse el 70% del salario mensual, adicionado por el 38.5% de la prima de antigüedad**.

Respecto a cómo debe interpretarse la forma en la que debe liquidarse la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, contemplada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la Sección Primera del Consejo de Estado, al resolver una acción de tutela interpuesta contra una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la cual había negado una demanda similar a la que ahora se resuelve, en sentencia del 11 de diciembre de 2014 expuso:

> *"(...) Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser **adicionado** con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación ',' que precede al verbo **'adicionado'**.*
>
> *En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo **'contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica'**, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, **implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé** y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital (...)"*[2] (Negrilla fuera del texto original).

3.2. De la jurisprudencia de Unificación en materia de la asignación salarial de los soldados profesionales

Atendiendo lo establecido en el **artículo 1° del Decreto 1794 de 2000**, el H. Consejo de Estado, con el fin de dilucidar aspectos como los de objeto en estudio, emitió sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016, dentro del Radicado CE-SUJ2 85001-3333-002-2013-00060-01, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la que precisó:

> *"(...)*

[2] *Consejo de Estado decisión del 11 Diciembre 2014- radicado 2014-02292-01.*

Teniendo en cuenta las normas reseñadas, el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 20003 cuyos artículos 1° y 2° definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios.

Sobre este particular, estima la Sala conveniente trascribir los artículos 1° y 2° del referido Decreto Reglamentario 1794 de 2000:[4]

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

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

(...)"
Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000[5] *distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es,* ***quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.***

En ese sentido, ***interpreta la Sala, con efecto unificador****, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,*[6] *en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos,* ***dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,***[7] ***cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%".***

(...)
En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

(...)
La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que ***la correcta interpretación del artículo 1°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000***[8] ***alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho***

---

[3] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*
[4] *Ibídem.*
[5] *Ibídem.*
[6] *Ibídem*
[7] *Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.*
[8] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*

a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%."

Teniendo en cuenta el análisis de la sentencia de unificación, encuentra la Sala necesario adoptar el criterio jurisprudencial en cita, el cual se constituye en precedente y referente que armoniza la consecución y efectividad de los principios contenidos en el artículo 103 del CPACA.

Sin perjuicio de lo anterior, no se desconoce que de manera previa mediante decisión de 2 de junio de 2016 en sede de tutela, Rad. No. 11001-03-15-000-2015-03273-01 con Ponencia de la Consejera MARÍA ELIZABETH GONZÁLEZ, se analizó la **legitimación en la causa por pasiva** en los procesos tramitados ante la jurisdicción respecto de los actos administrativos que denegaron la reliquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que por el tránsito legislativo se convirtieron en soldados profesionales, fallo del que se destacan los siguientes apartes:

> *"(...)*
> *Ahora bien, para Sala, el argumento de la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL, sí constituye un defecto sustantivo[9] por indebida interpretación de las normas que regulan el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, el cual perjudica abiertamente los intereses legítimos del accionante y de contera, vulnera sus derechos fundamentales.*
>
> *No es de recibo afirmar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, no está legitimada en la causa por pasiva en un proceso en el que se demandó un acto administrativo propio[10], máxime si a través del mismo se resolvió de fondo una solicitud de reliquidación pensional[11] presentada por el actor, sin advertir incompetencia alguna al momento de emitir dicho pronunciamiento.*
>
> *(...)*

---

[9] *Sobre el defecto sustantivo, la sentencia de la Corte Constitucional T-125 de 2012 sostuvo:*
*"**El defecto sustantivo**, como una circunstancia que determina la procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales, aparece, como ya se mencionó, cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infra legal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada.*
Tal como lo señala la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo:
(i) Cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador,
(ii) Cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente,
(iii) Cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva".

[10] *El oficio demandado fue expedido por el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.*

[11] *Pensión y asignación de retiro son términos equiparables.*

De lo expuesto en los apartes transcritos se observa con claridad que CREMIL, aplicó e interpretó directamente las normas inherentes a la asignación básica mensual del actor con el fin de determinar la base de liquidación para su asignación de retiro, actuación que demuestra que sí podía responder por las reclamaciones que dieron lugar al proceso contencioso, lo que hace inentendible y contradictoria la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá de declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva.

Aunado a lo anterior, es menester resaltar que el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, como lo reconoce el propio Despacho Judicial accionado, es el competente en materia salarial para los uniformados que se encuentran en servicio activo; sin embargo, el actor era un soldado retirado al momento de la interposición de la demanda, por lo tanto la entidad competente para resolver su reclamación era CREMIL.
(...)"

En virtud de los pronunciamientos antes reseñados es de recibo para la Sala acoger los planteamientos mediante los cuales prima la garantía efectiva del derecho sustancial y el amparo de la tutela del régimen de transición que protegió a un ex soldado voluntario, por lo que en asunto en los cuales se **pretenda la reliquidación de la asignación de retiro** de los soldados voluntarios convertidos a profesionales que se encuentran dentro de lo preceptuado por el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, **CREMIL si está legitimada por pasiva**, sin que sea necesario imponer más cargas al titular del derecho.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, en virtud de los problemas jurídicos planteados y teniendo en cuenta el material probatorio que reposa en el plenario, para esta Sala es claro que tal como aparece consignado en la hoja de servicios No. 3-9399848 de fecha 11 de febrero de 2014 (fls. 31-32), ratificado con la Resolución No. 1477 de 7 de marzo de 2014, acto de **reconocimiento de la asignación de retiro** (fls. 33-34), se encuentra probado en el plenario que el actor prestó sus servicios y se vinculó a las Fuerzas Militares desde el **12 de noviembre de 1992** y hasta el 15 de enero de 2014, primero en su condición de soldado regular, luego como soldado voluntario a partir del **1° de julio de 1995 al 31 de octubre de 2003** y finalmente como soldado profesional desde el **1° de noviembre de 2003**; es decir, un tiempo efectivo total de **20 años, 4 meses y 1 día**, por lo que lo cobija lo preceptuado por el **inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000**, encontrándose más que acreditado que a 31 de diciembre de 2000 se encontraba vinculado como soldado voluntario.

En ese sentido, y tal como lo reconoce la entidad demandada, en el presente asunto es procedente la aplicación del **Decreto 4433 de 2004**, especialmente lo establecido en sus artículos 13 numerales 13.2.1 y 16 ya referidos en el marco normativo expuesto en precedencia, en lo que respecta a la asignación de retiro y las partidas computables para determinar el monto de la misma en aplicación de las reglas jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016.

Conforme a lo anterior y reiterando que una de las pretensiones se dirige a declarar la nulidad de los actos administrativos No. 2014-29975 y No. 2014-31578 de 13 y 19 de mayo de 2014, respectivamente, expedidos por CREMIL, mediante los cual se negó la **reliquidación de la asignación de retiro** del actor, tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un sesenta por ciento (60%), en aplicación del Decreto 1794 de 2000 y ateniendo el acto que ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del demandante, las consideraciones que fundamentan la decisión se contraen a lo **certificado en la hoja de servicios** (fls. 31-32).

Así pues, la Hoja de Servicios determina que para la fecha de retiro del servicio, el señor JAVIER MERCHÁN VEGA reportaba un sueldo básico en la suma de $862.400, sin el incremento del 60%, lo cual resulta de tomar el salario mínimo legal mensual vigente de 2014[12] y de la descripción de las partidas computables, reporta en la proporción del 58.50% de la prima de antigüedad, por lo que no queda duda que los argumentos de la entidad demandada no cuentan con asidero jurídico ni fáctico, en tanto no se determinó el reconocimiento de la asignación de retiro en el incremento, siendo procedente confirmar la decisión de primera instancia.

Igualmente y al tenor de la jurisprudencia citada en el acápite correspondiente y que esta Sala comparte íntegramente, es claro que conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para determinar el monto de la asignación de retiro, es necesario tomar el 70% del salario mensual, el cual debe adicionarse con el 38.5% del 100% de lo percibido por concepto de prima de antigüedad.

En ese sentido, se precisa que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a través de la Resolución No. 1477 de 7 de marzo de 2014, ordenó en su artículo 1° el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del demandante, a partir del 15 de abril de 2014, así (fl. 33vto.):

> *"(...)*
> - *En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 3068 de Diciembre 30 de 2013) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).*
>
> - *Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad."*

Sin embargo, se destaca que en la Certificación de Partidas Computables del demandante, expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Documental (E) de las Funciones de Atención al Usuario (fl. 35), se especificó que la liquidación de la prestación obedecía al 70% de la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, con lo cual se desconoció la ley, tal como lo manifestó el *a quo*.

---

[12] *Reporte del Histórico del Banco de la República.*

En efecto, se advierte que no se discute que se esté dando aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sino que, por el contrario, la interpretación que realiza CREMIL sobre la misma no se considera correcta, toda vez que de la lectura de dicha norma puede concluirse sin hesitación alguna que es solo al salario básico mensual al que se aplica el 70%, valor al que debe adicionarse el 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad.

En ese sentido, entender la fórmula de liquidación como lo hace la entidad demandada implicaría que al monto reconocido por concepto de prima de antigüedad se le hiciera una doble reducción: la del porcentaje del 38.5% que se le aplica de acuerdo a la norma y, posteriormente, la del porcentaje del 70% que el precepto le asigna al salario básico mensual, lo cual va en contravía de la garantía de los derechos del actor. Además, no puede pasar inadvertido que, en caso de duda acerca del sentido de la disposición, ha de aplicarse la interpretación más beneficiosa al trabajador, atendiendo lo dispuesto en el artículo 53 Superior, tal como lo precisó el Agente del Ministerio Público en su oportunidad.

Por lo tanto, la forma como debió haberse liquidado la asignación de retiro al demandante, conforme a lo establecido en el plurimencionado artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, es la siguiente: al salario básico mensual se le debe aplicar el porcentaje del 70%, y a este resultado se le debe sumar o adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad efectivamente devengada por el actor, resultando de dicha operación el monto que le corresponde al demandante por asignación de retiro, tal como lo concluyó el juez de instancia, en tanto no se reclama una reliquidación de la asignación básica en actividad, sino en retiro.

En consecuencia, la sentencia apelada se confirmará.

5. DE LA CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo al artículo 361 del CGP, el concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el CPACA, gastos ordinarios del proceso[13] y otros como son los necesarios para el traslado de testigos y la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia (como peritos y secuestres), transporte del expediente al Superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, la noción de costas incluye las agencias en derecho, que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los

[13] CPACA, Arts. 171-4.

honorarios pagados por dicha parte a su abogado[14], los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el numeral 8° del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007[15].

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el seno del Consejo de Estado se han suscitado tres posiciones acerca del análisis que debe desarrollar el Juez al momento de decidir, en los términos del artículo 188 del CPACA, sobre la condena en costas. Al respecto, la Subsección C de la Sección Tercera (no de forma pacífica), ha indicado que es necesario efectuar un test de proporcionalidad que involucre la afectación al acceso a la Administración de Justicia (idoneidad), su grado de intensidad (necesidad) y su repercusión en términos de tasación de la aludida condena (proporcionalidad en estricto sentido)[16].

Por otra parte, la Subsección B de la Sección Segunda ha sostenido que la norma en comento no implica la condena de manera *"automática"* u *"objetiva"* frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello en consideración a que deben observarse una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debe ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis en el que el Juez debe evaluar las circunstancias para imponerla o no[17].

Finalmente, la Subsección A de la Sección Segunda acogió el criterio *objetivo-valorativo* para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho), al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), con los siguientes argumentos:

> *"(...) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
>
> *a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio 'subjetivo' -CCA- a uno 'objetivo valorativo' -CPACA-.*
> *b) Se concluye que es 'objetivo' porque en toda sentencia se 'dispondrá' sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
> *c) Sin embargo, **se le califica de 'valorativo' porque <u>se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su</u>***

[14] Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

[15] Regula la norma como deber de los abogados, el de *"...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto"*.

[16] Ver, por ejemplo: CE 3C, 29 Ene. 2018, e25000233600020150040 5-02 (59179), J. Santofimio.

[17] Ver, por ejemplo: CE 2B, 9 Nov. 2017, e18001-23-33-000-2015-00214-01(1050-17), S. Ibarra.

comprobación. *Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.* ***Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.***

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (...)"

Bajo el anterior contexto, la Sala ha acogido el criterio objetivo-valorativo en la condena en costas, debido a que se ciñe de forma más estricta a las disposiciones que regulan la materia. En este sentido, la aplicación del test de proporcionalidad se considera inadecuada en razón a que se emplea como instrumento de tasación, sin que de por medio se presente una tensión entre derechos o principios que requiera la realización de un examen sobre su coexistencia (o contraposición) y peso en situaciones concretas. Por otra parte, es clara la intención del legislador de abandonar el criterio subjetivo para efectos de decidir si se impone o no la condena, ya que no se dispuso la evaluación de aspectos como la temeridad o mala fe.

Lo anterior no implica que no deba verificarse que las costas se hayan causado, sino que no debe acudirse a elementos extraños a la regulación para determinar y, de ser el caso, cuantificar la suma por la que debe condenarse. Esto sin dejar de lado que, como se dijo, las costas están integradas por las expensas y las agencias en derecho y, mientras que la acreditación de las primeras se lleva a cabo valorando los gastos causados y quien los sufragó, las segundas se derivan de la actividad procesal de la parte vencedora.

Descendiendo al caso concreto, se observa que en la **primera instancia** se condenó en costas a la entidad accionada, lo cual resulta lógico en la medida en que (i) fue vencida en el litigio, (ii) el accionante necesariamente incurrió en expensas para efectos de las notificaciones requeridas, y (iii) la parte actora mantuvo actividad procesal con la interposición de la demanda y su intervención en la Audiencia inicial, donde se dictó sentencia.

Asimismo, en la **segunda instancia** si bien es cierto no se causaron expensas a cargo de la parte actora, también lo es que (i) a la entidad demandada le fue resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, y (ii) el demandante tuvo actividad procesal al pronunciarse durante el traslado de alegatos de conclusión.

En suma, en el *sub lite* en criterio de la Sala no procede la revocatoria de la condena en costas dictada en primera instancia y, por otra parte, en esta instancia también debe condenarse a CREMIL al pago de las mismas. Por lo tanto, se fijan en el equivalente a **3 SMLDV** a cargo de la parte vencida. Las costas serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

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: Confirmar la sentencia proferida en audiencia inicial simultánea el 5 de abril de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la **parte demandada y a favor de la parte demandante**, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y el numeral 1° del artículo 365 del CGP. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente.

TERCERO: FIJAR como agencias en derecho el monto equivalente a **TRES (3) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES DIARIOS VIGENTES**, en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo No. 1887 de 2013, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, según lo indicado en precedencia.

CUARTO: En firme la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Ausente Con Permiso

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 20 de hoy

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

Tunja, 07 FEB 2019

Demandante	Departamento de Boyacá
Demandado	Municipio de San Miguel de Sema
Expediente	150012333000-2017-00675-00
Acción	Validez de Acuerdo
Asunto	Sentencia de única instancia – declara invalidez artículo cuarto del Acuerdo No. 11 de 2017.

Procede la Sala de Decisión No. 5 de la Corporación, a dictar sentencia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el Departamento de Boyacá en contra del Municipio de San Miguel de Sema.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (Fls. 2 a 6).

Pretende el Departamento de Boyacá que se declare la invalidez del artículo cuarto del Acuerdo No. 11 del 25 de julio de 2017, expedido por el Concejo Municipal de San Miguel de Sema, "*por medio del cual se autoriza al alcalde a comprometer vigencias futuras excepcionales para el programa de mejoramiento de vivienda de acuerdo a la suscripción del convenio 575 de 2016 y OTROSI No 1 de 2017*".

1.1 HECHOS

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

El Concejo Municipal de San Miguel de Sema expidió el Acuerdo No. 11 del 25 de julio de 2017, "*por medio del cual se autoriza al alcalde a comprometer vigencias futuras excepcionales para el programa de mejoramiento de vivienda de acuerdo a la suscripción del convenio 575 de 2016 y OTROSI No 1 de 2017*", el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 24 de agosto de 2017.

Señaló que al realizar la revisión jurídica ordenada en el artículo 305, numeral 10 de la Constitución Política de Colombia se observó que el acuerdo objeto de esta demanda es contrario a la ley.

1.2 PRETENSIONES

La apoderada del Departamento de Boyacá pretende que se declare la invalidez del **artículo cuarto** del Acuerdo No. 11 del 25 de julio de 2017, así mismo, que se emita pronunciamiento frente a la situación planteada y a la actuación que debe surtir posteriormente el funcionario competente del municipio.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señala como norma violada el artículo 345 de la Constitución Política, pues el acuerdo acusado, autoriza al ejecutivo municipal para que una vez aprobado el mismo, realice los traslados presupuestales.

Como sustento de la trasgresión alegada, especialmente, en relación a la facultad que el concejo le otorga al alcalde para modificar el presupuesto (traslados, adiciones, reducciones, adiciones y demás movimientos presupuestales), hizo referencia al concepto proferido por la dirección general de presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Precisó que de conformidad con la ley 1551 de 2012, capítulo V, articulo 29, para hacer la incorporación a que se refiere dicho artículo[1], la ley le otorga al ejecutivo dicha facultad, para que la realice por decreto sin requerir autorización del concejo municipal, pues respecto de los demás movimientos, tales como traslados y reducciones, son facultad del concejo y deben ser realizados por este, sin que puedan ser transferidos al ejecutivo.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad procesal concedida, la parte accionada guardó silencio.

[1] "Incorporar dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución..."

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el **artículo cuarto** del Acuerdo No. 11 de 25 de julio de 2017, expedido por el Concejo Municipal de San Miguel de Sema, trasgrede el ordenamiento jurídico, al otorgarle al ejecutivo la facultad de modificar el presupuesto.

2. TESIS DEL CASO

De la interpretación de la demanda, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por el demandante

La parte demandante encuentra inválido el artículo cuarto del Acuerdo No. 11 de 25 de julio de 2017, por trasgresión del artículo 345 de la Constitución, al considerar que allí se autoriza al ejecutivo municipal para que una vez probado el acuerdo en mención, realice traslados presupuestales, desconociendo que los movimientos como traslados y reducciones, son facultad del concejo y deben ser realizados por estos, sin que dicha función pueda ser transferida al ejecutivo.

b) Tesis argumentativa por el demandado

Guardó silencio.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala declarará la invalidez del **artículo cuarto** del Acuerdo No. 11 de 25 de julio de 2017, atendiendo a que si bien el presupuesto municipal adoptado por Acuerdo del Concejo Municipal, puede ser materia de modificaciones consistentes en la apertura de créditos adicionales, para lo cual es necesario que el alcalde presente a la Corporación el proyecto de acuerdo respectivo, considerando que no es ajustado a derecho que tales decisiones se adopten por decreto administrativo.

No obstante, y a pesar de que se haga en uso de las facultades pro tempore establecidas en el artículo 313-3 Superior, **el Concejo no puede facultar al Alcalde Municipal para modificar el presupuesto municipal en lo que tiene que ver con adiciones y operaciones de crédito**. En tanto que el

ordenamiento constitucional y legal proscribe dichas adiciones a los presupuestos de las entidades territoriales (Nación, Departamento y Municipio). Por lo que jamás el Concejo Municipal puede desprenderse de la atribución constitucional y legal que tiene en materia presupuestal para radicarla en cabeza del Alcalde.

3.- PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE INVALIDEZ DE ACUERDOS MUNICIPALES

Con miras a resolver el problema jurídico que se suscita en el presente asunto, sea del caso señalar que la acción de revisión de los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes se encuentra establecida en el numeral 10° del artículo 305 de la Constitución Política, al señalar las funciones de los gobernadores. La anterior facultad, es igualmente concordante con lo que al efecto prevé el artículo 118 del Decreto 1333 de 1986[2], en cuanto a las funciones del referido representante legal de la entidad territorial seccional.

Las potestades así conferidas al gobernador, suponen el envío previo a este, por parte del alcalde municipal, de copia del acuerdo pertinente, para su respectiva revisión, tal como lo prevé el artículo 117 del Decreto 1333 de 1986.

En ejercicio de la facultad de revisión de los acuerdos municipales, cuando el gobernador del departamento encontrase que el Acuerdo Municipal sometido a su estudio fuere contrario a la Constitución, la ley o las ordenanzas, puede remitirlo dentro de los 20 días siguientes al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que este decida sobre su validez y surta el trámite pertinente, en la forma dispuesta en los artículos 119 y siguientes del Decreto 1333 de 1986.

Las anteriores previsiones, resultan concordantes con lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley 11 de 1986[3], el cual señala 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 Alcaldes, Personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso."*

---

[2] **Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.**
[3] Por la cual se dicta el Estatuto Básico de la Administración Municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales.

Así las cosas, a través de este medio procesal se asigna al gobernador del Departamento, el deber de revisar los acuerdos de los concejos y decretos de los alcaldes de su jurisdicción y si encuentra que los mismos son violatorios de la Constitución, la Ley y las ordenanzas, debe enviarlos al Tribunal administrativo correspondiente para que decida sobre su validez. Lo anterior, mediante trámite sumario, en el que se produce decisión que hace tránsito a cosa juzgada, respecto de las disposiciones que fueron estudiadas y contra dicha sentencia no procede recurso alguno.

4.- La competencia para efectuar modificaciones y adiciones en el presupuesto municipal.

En relación con la competencia de los concejos municipales, el numeral 5 del artículo 313 de la Constitución Política, determinó que a estos les corresponde expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, al respecto señala la norma lo siguiente:

> *"**Art. 313**.- Corresponde a los concejos:*
>
> *(...)*
>
> *3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones que le corresponden al concejo.*
>
> *(...)*
>
> *5. Dictar normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos."*

Ahora bien, el artículo 345 *ibídem,* señala lo siguiente:

> ***"Art. 345.-** En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos.*
>
> *Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto."*

A su vez, el artículo 352 de la C.P. dispone:

> ***"Art. 352.-** Además de lo señalado en esta constitución, la Ley Orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar"*

Entre tanto, el artículo 77 del Decreto 111 de 1996 autoriza al Gobierno (Alcalde en el caso de los Municipios) para reducir y aplazar, total o

parcialmente, las apropiaciones presupuéstales; así mismo prevé la posibilidad de que el Congreso (Concejo en el caso municipal) a iniciativa del Gobierno (Alcalde), decrete los traslados presupuestados o abra créditos adicionales, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprometidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión.

A su vez, el artículo 81 ibídem estableció: *"Ni el Congreso ni el Gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contra créditos a la ley de apropiaciones (Ley 38/89, artículo 67).*

Por su parte, el artículo 82 del Estatuto Orgánico del Presupuesto señaló: *La disponibilidad de los ingresos de la Nación para abrir los créditos adicionales al presupuesto será certificada por el contador general. En el caso de los ingresos de los establecimientos públicos la disponibilidad será certificada por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces. La disponibilidad de las apropiaciones para efectuar los traslados presupuestales será certificada por el jefe de presupuesto del órgano respectivo (Ley 38/89, articulo 68, Ley 179/94 artículo 35)*

Ahora bien, de acuerdo con lo indicado en el artículo 4° de la Ley 179 de 1994 (que junto con las leyes 38 de 1989, 225 de 1995 y las reformas implementadas mediante las leyes 617 de 2000, 819 de 2003 y 1473 de 2011 conforma el estatuto orgánico del presupuesto), los principios del sistema presupuestal son: La planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, la inembargabilidad, la coherencia macroeconómica y la sostenibilidad fiscal.

En materia de presupuesto, debe atenderse por tanto los referidos principios, por cuanto son precedentes que condicionan la validez del proceso presupuestal, de manera que al no ser tenidos en cuenta, vician la legitimidad del mismo. No son simples requisitos sino pautas determinadas por la ley orgánica y determinantes del presupuesto. (Sentencia C-337 de 1993).

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C- 337 de 1993[4], refiere:

"(...)

[4] Corte Constitucional, sentencia C- 337 del 19 de agosto de 1993, Rad. N° D-296, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

La sistematización implica, por lo menos, dos aspectos: en primer lugar, se sienta el principio del proceso presupuestal, es decir, un conjunto de actos coordinados que se dirigen a un mismo fin determinado y determinante, a la vez, de dichos actos; en segundo lugar, todo el proceso presupuestal se armoniza con el proceso de planeación, de tal manera que convergen, el uno y el otro.

Esa es la razón por la cual la Ley 38 de 1989, introduce un principio: el de planificación, que consiste en que, de conformidad con el artículo 9o. de la ley mencionada, el Presupuesto General de la Nación deberá reflejar los planes de largo, mediano y corto plazo. En consecuencia, para su elaboración se tomarán en cuenta los objetivos de los planes y programas de desarrollo económico y social, el plan financiero y el plan operativo anual de inversiones, y la evaluación que de éstos se lleve a cabo conforme a las disposiciones consagradas en el Estatuto Orgánico y en su reglamento.

Hay también otros presupuestos que consagra la Ley 38 de 1989. Ellos son el de la anualidad, el de universalidad[5], el de equilibrio presupuestal[6], el de programación integral y el de la inembargabilidad.

En este orden de ideas, los principios consagrados en el Estatuto orgánico de presupuesto, son precedentes que condicionan la validez del proceso presupuestal, de manera que al no ser tenidos en cuenta, vician la legitimidad del mismo. No son simples requisitos, sino pautas determinadas por la ley orgánica y determinantes de la ley anual de presupuesto.

Por tanto, es conveniente señalar los aspectos más relevantes de cada uno de los principios presupuestales.

a) El principio de anualidad

La estimación de los ingresos y la autorización de los gastos públicos se debe hacer periódicamente cada año, del 1o. de enero al 31 de diciembre, integrando la unidad de cómputo determinada temporalmente en un período de tiempo. Es la renovación anual de la intervención del Congreso en las materias fiscales, de modo que sientan la permanencia y continuidad de la potestad legislativa en tales asuntos. Este principio hace parte de nuestro ordenamiento jurídico debido a la función de control político integral del Congreso, pues a medida que éste se consolidó, reclamó para sí la intervención en los asuntos fiscales, de manera periódica y continua. Su objetivo principal es facilitar la labor de armonizar la gestión presupuestal con otras actividades que tienen lugar también dentro del marco anual. El principio de la anualidad tiene, pues, la ventaja de acomodar la gestión.

b) El principio de la universalidad

Según Marcel Waline, este principio consiste en que todas las rentas y todos los gastos, sin excepción, figuren en un presupuesto[7]. Y es lógico que así sea, pues la sistematización exige una estimación global, que abarque como un todo cada una de las partes fiscales. Su consagración obedece a que se vio la necesidad de una concepción total, puesto que el control político-fiscal exige la universalidad y no la parcialidad, en aras de la objetividad, controlando el todo, se controlan las partes, pero no lo contrario. El control político y operativo del presupuesto se puede realizar efectivamente, siempre y cuando todos los ingresos y gastos figuren allí. La finalidad, pues, no es otra que la efectividad del control.

Sin embargo, debe la Corte reiterar que esta Corporación ya se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad del principio anteriormente citado:

"La Corte encuentra que el precepto de universalidad no se aviene con el actual artículo 347 de la carta Política. El mencionado principio se predica únicamente del gasto y no de los ingresos o rentas".[8]

c) Principio de unidad de Caja

Consiste en que la totalidad de los ingresos públicos debe recibirse sin previa destinación a un fondo común desde donde se asignan a la financiación del gasto público. Sin este principio hay una desorientación del gasto público, y entonces se hace poco viable destinar el gasto hacia las áreas prioritarias. Se necesita, pues, una libertad para destinar el gasto a lo más conveniente, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Se busca que la actividad presupuestal pueda ejercer con amplitud su función de orientar el gasto público hacia las áreas que estime prioritarias, sin que encuentre los ingresos preorientados hacia la financiación de determinados gastos.[9]

d) El principio del equilibrio presupuestal

Significa que los ingresos corrientes (tributarios y no tributarios) de una Nación, son iguales a la totalidad del gasto público. Este es el concepto de la Hacienda Pública clásica que tuvo en cuenta la misión Kemmerer en 1922.

"Sin embargo -advierte Restrepo-, con el correr del tiempo, el uso del crédito se fue generalizando como instrumento normal de financiación presupuestal, no ya para financiar gastos extraordinarios, sino para atender cualquier tipo de gasto público (...). El propósito implícito en la formulación original del principio del equilibrio presupuestal (evitar el excesivo uso del endeudamiento público) ha pasado a convertirse en una mera expresión formal" .[10]

Si no se acude a este principio, hay riesgo de un desorden presupuestal, en donde no existe armonía entre el ingreso y el gasto. lo cual conduce a que el control político ejercido sea inoperante y sin razón de ser. Lo que se busca entonces es evitar el endeudamiento público no proporcionado con la capacidad económica del Estado, como medida de prudencia política y de seguridad económica.

Al igual que en el caso del principio de la universalidad, conviene reiterar que esta Corporación ya se ha pronunciado acerca de la inconstitucionalidad del principio al cual se hace referencia. Sobre el particular, manifestó la Corte:

"El principio de equilibrio entre los ingresos corrientes y los gastos ordinarios que el Estado pretende realizar durante la vigencia presupuestal respectiva no corresponde a lo preceptuado en el artículo 347 de la Constitución. En esta última disposición queda establecida la obligación para el Gobierno Nacional de incluír en el proyecto de ley anual de presupuesto todos los gastos que espera realizar en el período fiscal. Esta flexibilidad que indudablemente representa un avance en la técnica legislativa presupuestal, desvirtúa sin embargo el antiguo principio de la paridad de ingresos y gastos en materia presupuestal".[11]

e) El principio de la programación integral

Es un principio nuevo consagrado en el artículo 13 de la Ley 38 de 1989, que señala: "Todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes". Consiste en contemplar la relación causal entre inversión y funcionamiento, de suerte que deben considerarse simultánea e integralmente y no como fases aisladas. Su consagración se fundamenta en el hecho de que sin este principio no hay unidad en el gasto público, el cual. si bien es cierto contempla distintos fines, éstos se hallan vinculados armónicamente, de suerte que la inversión, en última instancia, se hace con miras a un eventual funcionamiento; y el funcionamiento supone una inversión. Con la programación integral se pretende evitar que los programas de inversión omitan contemplar explícitamente los compromisos de funcionamiento que ellos acarrean. lo que se ha convertido, con el correr de los años en un factor de desestabilización de las finanzas públicas.

f) El principio de la inembargabilidad

El artículo 16 de la ley orgánica del presupuesto, señala que "las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación son inembargables. La forma de pago de las sentencias a cargo de la Nación se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones legales concordantes". De acuerdo con lo estipulado en el artículo transcrito, se tiene que son inembargables las rentas y recursos incorporados en el presupuesto nacional. El principio de la inembargabilidad se justifica porque se cuenta con esas rentas y recursos para una inversión o funcionamiento que requiere la Nación para satisfacer el interés general. Con ello se logra la efectividad del cumplimiento presupuestal, pues así como no hay título jurídico alguno que tenga validez frente al interés general. Esta Corporación ha sostenido, y lo reitera, que la embargabilidad de las rentas y recursos incorporales en el presupuesto nacional es procedente cuando se trata de sentencias que han condenado a la Nación o a entidades del Estado, habiendo transcurrido un lapso superior a los dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la providencia (art. 177 C.C.A.).

Cabe destacar sin embargo, que este principio de la inembargabilidad no es absoluto, ya que con base en él no puede, por ejemplo, desconocerse un derecho fundamental."

Otro postulado al decir de la Doctrina y que es pertinente en el sub judice[5], es el de legalidad o de competencia, conforme a éste, la manera como se desarrolla el ciclo presupuestal (Preparación, discusión, aprobación, ejecución y control) debe estar prevista en una ley de alta jerarquía e igualmente éste proceso no puede ser decidido y realizado solamente por el poder ejecutivo con exclusión de la representación popular, principalmente en las fases de discusión y aprobación del presupuesto.

Se reitera así que, en materia de presupuesto, es competencia del Congreso (O del Órgano de Representación) señalar la forma como se deben invertir los dineros del erario público, y en tal sentido, no puede el gobierno de manera ordinaria efectuar modificaciones al presupuesto, pues tal atribución le corresponde únicamente al Congreso y solo de manera excepcional al gobierno.

Lo anterior, es corolario del postulado de colaboración integral al que alude la carta política en el artículo 113 y según el cual, "*los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.*"

En sentencia de constitucionalidad C-192 del 15 de abril de 1997[6], la Corte Constitucional señaló:

"Legalidad del gasto, ley orgánica y reducción o aplazamiento de las apropiaciones presupuestales.

[5] Juan Camilo Restrepo, Hacienda Pública, 10ª edición, página 388.
[6] Corte Constitucional, sentencia C- 192 del 15 de abril de 1997, Rad. N° D-1437, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

> *5- Tal y como ya lo ha señalado esta Corporación, el principio de legalidad del gasto constituye un importante fundamento de las democracias constitucionales. Según tal principio, es el Congreso y no el Gobierno quien debe autorizar cómo se deben invertir los dineros del erario público, lo cual explica la llamada fuerza jurídica restrictiva del presupuesto en materia de gastos, según el cual, las apropiaciones efectuadas por el Congreso por medio de esta ley son autorizaciones legislativas limitativas de la posibilidad de gasto gubernamental[2]. Con base en tales principios, esta Corporación ha concluido que no puede ordinariamente el Gobierno modificar el presupuesto, pues tal atribución corresponde al Congreso, como legislador ordinario, o al Ejecutivo, cuando actúa como legislador extraordinario durante los estados de excepción[3], por lo cual son inconstitucionales los créditos adicionales o los traslados presupuestales administrativos. Es cierto pues, como lo señala uno de los intervinientes, que no puede la ley orgánica atribuir al Gobierno la facultad de modificar el presupuesto.*

Finalmente debe dejarse anotado que el literal G del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012 consagró como facultades de los Alcaldes en materia de presupuesto la de: "*Incorporar dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución*".
(Subrayas Fuera de Texto).

5. Hechos Probados.

- Que el Concejo Municipal de San Miguel de Sema expidió el Acuerdo No. 11 de 25 de julio de 2017 "*por medio del cual se autoriza al alcalde a comprometer vigencias futuras excepcionales para el programa de mejoramiento de vivienda de acuerdo a la suscripción del convenio 575 de 2016 y OTROSI No 1 de 2017*" (Fls 10-11)

- Obra en el expediente constancia secretarial, que contiene las sesiones del Concejo Municipal de los debates celebrados para la aprobación del Acuerdo No. 11 de 25 de julio de 2017 (Fl. 12).

- Que el Acuerdo No. 11 de 25 de julio de 2017, fue sancionado el 31 de julio de 2017 (Fl. 13).

- A folios 14 a 15, se encuentra la iniciativa del proyecto de acuerdo suscrita por el alcalde municipal de San Miguel de Sema.

- Finalmente se encuentran, a folios 47 a 202, los antecedentes de las actuaciones que originaron la expedición del acuerdo acusado, así como copia del convenio interadministrativo No 575 de 2016, suscrito entre Prosperidad Social y el municipio de San Miguel de Sema.

6. CASO CONCRETO.

Se precisa, que lo que se censura es la vulneración del artículo 345 de la Constitución Política en la que se incurrió con ocasión de la aprobación del

Acuerdo No. 11 de 25 de julio de 2017, expedido por el Concejo Municipal de San Miguel de Sema, al autorizar, conforme al artículo cuarto, al Alcalde municipal para modificar el presupuesto en lo que tiene que ver con la realización de traslados, adiciones y demás movimientos presupuestales que se requieren para cumplir con las autorizaciones otorgadas en el Acuerdo demandado.

Así entonces, tenemos que el artículo censurado dispone lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO CUARTO:** Facultar al señor Alcalde Municipal para modificar el presupuesto del municipio realizando los traslados, adiciones, reducciones y/o demás movimientos presupuestales que se requieran de conformidad con las normas presupuestales aplicables que se demanden para cumplir con las autorizaciones aquí otorgadas única y exclusivamente para el convenio interadministrativo No 575 de 2016 celebrado entre el departamento administrativo para la prosperidad social – fondo de inversión para la paz y el Municipio de San Miguel de Sema Boyacá, específicamente la incorporación al presupuesto del municipio sin situación de fondos"*

Conforme con el cargo formulado y el contenido del artículo acusado, se debe señalar que el Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996, norma a la que han de sujetarse las disposiciones presupuéstales, prevé expresamente la posibilidad de modificar el presupuesto y en los artículos 79, 80 y 81, autoriza la apertura de créditos adicionales por parte del Congreso, en el presente caso el Concejo Municipal, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes, siempre que se hiciere indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para complementar las insuficientes, ampliar los servicios existentes, establecer nuevos servicios autorizados por la ley, entre otros.

Precisamente, frente a las modificaciones al presupuesto de las entidades territoriales, consistentes en adiciones al presupuesto y créditos adicionales, el H. Consejo de Estado en concepto de fecha 05 de junio de 2008, radicación N° 1889 señaló:

> *"El Estatuto Orgánico del Presupuesto, compilado en el decreto nacional 111 de 1996[2], **determina las reglas para las "modificaciones al presupuesto", como parte de la ejecución del mismo**, en los artículos 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83 y 84, conforme a los cuales pueden darse las siguientes situaciones:*
>
> *a) La reducción o el aplazamiento de las apropiaciones presupuéstales, total o parcialmente, porque los recaudos del año pueden ser inferiores a los compromisos; o no se aprobaron nuevos recursos; o los nuevos recursos aprobados resultan insuficientes; o no se perfeccionan los recursos de crédito autorizado; o por razones de coherencia macroeconómica. El Gobierno Nacional, por decreto y previo concepto del Consejo de Ministros, señala las apropiaciones que deben reducirse o aplazarse. La competencia se radica en el Gobierno Nacional pues la jurisprudencia ha interpretado que las reducciones o aplazamientos no modifican el presupuesto, en sentido estricto, pero sí deben tomarse en forma razonable y proporcionada y a través de un acto administrativo sujeto a control judicial.*

> *b)* ***Las adiciones al presupuesto o créditos adicionales, para aumentar el monto de las apropiaciones o complementar las insuficientes, o ampliar los servicios existentes, o establecer nuevos servicios autorizados por la ley. La jurisprudencia distingue los créditos suplementales, que corresponden al aumento de una determinada apropiación, y los créditos extraordinarios, cuando se crea una partida.***[4] ***En ambos casos la competencia es del Congreso a iniciativa del Gobierno Nacional,*** *porque se están variando las partidas que el mismo Congreso aprobó. El Gobierno Nacional asume esta competencia cuando las adiciones sean única y exclusivamente para atender gastos ocasionados por la declaratoria de estados de excepción (...)"*

En éste mismo sentido, recientemente, ha observado la misma corporación[7]:

> *"**En tal orden, eventos tales como la modificación del presupuesto o que se incluyan en éste potestades que son ajenas a la autoridad que debe ponerlo en vigencia por Decreto sólo son ejecutables por el órgano de Representación popular, es decir, Congreso, Asamblea y Concejo. (Artículos 338 y 345 de la Carta Política), en aplicación del designio constitucional que fue claro en establecer que no es posible crear o modificar una renta o gasto y aprobar o modificar el presupuesto, sin la participación de la respectiva Corporación Pública de elección popular.***
>
> ***Como se puede observar, el marco constitucional y legal precisa que es ésta Corporación, es decir, el Concejo Municipal de Suesca, el que tiene la competencia para aprobar los actos de modificación presupuestal presentados a su consideración por iniciativa del Alcalde tales como la creación de rubros, traslados, adiciones, aprobación de créditos, aumento del monto de las apropiaciones, suscripción de contratos, etc."***

Por su parte la Corte Constitucional al efecto ha mencionado:

> *"Si debido a naturales cambios económicos o de prioridades, el Gobierno necesita modificar la destinación de determinadas apropiaciones fiscales, crear nuevas o aumentar el monto de las existentes, debe recurrir a los llamados créditos adicionales y traslados presupuestales. En virtud de los primeros, se busca aumentar la cuantía de una determinada apropiación (créditos suplementales) o crear una partida de gasto que no estaba prevista en el proyecto original (créditos extraordinarios). En virtud de los traslados, se disminuye el montante de una apropiación (contracrédito) con el fin de aumentar la cantidad de otra partida (crédito).* ***Sólo el Congreso -como legislador ordinario- o el Ejecutivo -cuando actúa como legislador extraordinario durante los estados de excepción- tienen la posibilidad de modificar el presupuesto. Por ello, si el Gobierno se encuentra obligado a efectuar créditos adicionales o traslados presupuestales debe presentar y tramitar el correspondiente proyecto de ley"***[8].

En suma, no queda duda en cuanto a que el presupuesto municipal adoptado por Acuerdo del Concejo Municipal, puede ser materia de modificaciones consistentes en la apertura de créditos adicionales, para lo cual es necesario que el alcalde presente a la Corporación el proyecto de acuerdo respectivo,

---

[7] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00153-01, Actor: VEEDURÍA CIUDADANA DE SUESCA, Demandado: MUNICIPIO DE SUESCA.

[8] C-685 de 1996, M.P. Alejandro Martinez Caballero.

considerando que no es ajustado a derecho que tales decisiones se adopten por decreto administrativo.

No obstante, y a pesar de que se haga en uso de las facultades pro tempore establecidas en el artículo 313-3 Superior, **el Concejo no puede facultar al Alcalde Municipal para modificar el presupuesto municipal en lo que tiene que ver con adiciones y operaciones de crédito**. En tanto que el ordenamiento constitucional y legal proscribe dichas adiciones a los presupuestos de las entidades territoriales (Nación, Departamento y Municipio). **Por lo que jamás el Concejo Municipal puede desprenderse de la atribución constitucional y legal que tiene en materia presupuestal para radicarla en cabeza del Alcalde.**

En efecto, por mandato constitucional, la creación del presupuesto de rentas y gastos, deben ser ordenadas por el legislador, en este caso, corresponde al Concejo Municipal, tal como lo establece el numeral 5 del artículo 313 de la Constitución Política.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 352 Superior, las autoridades deben ceñirse al Estatuto Orgánico del Presupuesto, que se encuentra consagrado en el Decreto 111 de 1996, preceptuando en su artículo 80 que *"El Gobierno Nacional presentará al Congreso Nacional, proyectos de ley sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión".*

Por lo que no es potestativo, **sino obligatorio**, que para el caso de los municipios, sea el Concejo a solicitud del Alcalde el que apruebe las modificaciones a efectuarse.

La Corte Constitucional, igualmente ha precisado el alcance de las facultades otorgadas al Legislador, así:

> *"Consecuencia inmediata del principio de legalidad del gasto público es la disposición contenida en el segundo inciso del artículo 345 de la Constitución,* ***que indica que los traslados presupuéstales deben ser ordenados por el legislador, sin que sea posible que éste resigne dicha facultad en el Ejecutivo.*** *Sobre el particular la Corte ha insistido en la necesidad de que dichos traslados sean aprobados directamente por el legislador. En este sentido ha expresado lo siguiente:*
>
> *"Tal y como ya lo ha señalado esta Corporación, el principio de legalidad del gasto constituye un importante fundamento de las democracias constitucionales. Según tal principio, es el Congreso y no el Gobierno quien debe autorizar cómo se deben*

> *invertir los dineros del erario público, lo cual explica la llamada fuerza jurídica restrictiva del presupuesto en materia de gastos, según el cual, las apropiaciones efectuadas por el Congreso por medio de esta ley son autorizaciones legislativas limitativas de la posibilidad de gasto gubernamental. Con base en tales principios, esta Corporación ha concluido que no puede ordinariamente el Gobierno modificar el presupuesto, pues tal atribución corresponde al Congreso, como legislador ordinario, o al Ejecutivo, cuando actúa como legislador extraordinario durante los estados de excepción, por lo cual son inconstitucionales los créditos adicionales o los traslados presupuéstales administrativos. Es cierto pues, como lo señala uno de los intervinientes, que no puede la ley orgánica atribuir al Gobierno la facultad de modificar el presupuesto..." (Negrillas y*
> *Subrayas Fuera de Texto).*

Así las cosas, se debe señalar que por regla general los Concejos Municipales no pueden facultar al Alcalde Municipal para llevar a cabo adiciones ejecutivas al presupuesto municipal, en tanto que el ordenamiento legal y constitucional proscribe las adiciones ejecutivas a los presupuestos de las entidades territoriales (Nación, Departamento y Municipio).

No obstante lo anterior, y como excepción a la regla general, se debe señalar que de conformidad con el literal G del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, es facultad de los Alcaldes en materia presupuestal, sin necesidad de Acuerdo que lo faculte o lo autorice, incorporar dentro del presupuesto municipal los recursos que haya recibido del tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional, frente a lo cual no se requiere autorización de ninguna índole. Se trata entonces de una regla exceptiva que debe operar para los casos taxativamente señalados.

Corolario de lo anterior, la Sala observa que la facultad de modificación del presupuesto, concedida mediante el **artículo cuarto** del acuerdo No 011 de 25 de julio de 2017, al alcalde del Municipio de San Miguel de Sema, para cumplir con las autorizaciones allí otorgadas, para el convenio interadministrativo No 575 de 2016 celebrado entre el departamento administrativo para la prosperidad social – Fondo de Inversión para la paz y el municipio de San Miguel de Sema, no cumple con los postulados de los numerales 3° y 5º del artículo 313 de la Carta Política, puesto que no resulta viable que el Concejo asigne funciones al Alcalde para realizar modificaciones presupuestales, toda vez que se incumplen postulados superiores.

Ello es así, porque al facultar al alcalde para efectuar modificaciones presupuestales, siendo una función específica del Concejo Municipal, desdibuja el sistema presupuestal dispuesto en la Carta Política y en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, principalmente porque inobserva los postulados de competencia, legalidad y universalidad.

En suma, para la Sala, los argumentos de la parte demandante, tienen vocación de prosperidad, es decir que el **artículo cuarto** del acuerdo No 011

de 25 de julio de 2017, expedido por el Concejo Municipal de San Miguel de Sema debe ser declarado inválido.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la invalidez del **artículo cuarto** del Acuerdo No. 11 del 25 de julio de 2017, expedido por el Concejo Municipal de San Miguel de Sema, "*por medio del cual se autoriza al alcalde a comprometer vigencias futuras excepcionales para el programa de mejoramiento de vivienda de acuerdo a la suscripción del convenio 575 de 2016 y OTROSI No 1 de 2017*".

SEGUNDO: Comuníquese esta providencia al representante legal del Departamento de Boyacá, al Presidente del Concejo Municipal, al Alcalde y al Personero Municipal de San Miguel de Sema.

TERCERO: ARCHÍVESE el expediente una vez en firme esta providencia

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SECRETARIA
El auto anterior se notificó por estado
No. 20 0 2018
EL SECRETARIO

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

Tunja, 07 FEB 2018

Demandante	Departamento de Boyacá
Demandado	Municipio de Chinavita
Expediente	150012333-000-2017-00752-00
Medio de control	Validez de Acuerdo
Tema	Sentencia de única instancia – declara invalidez de acuerdo municipal.

Procede la Sala de Decisión No. 5 de la Corporación a dictar sentencia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el Departamento de Boyacá en contra del Municipio de la Chinavita.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (Fls.2-8).

Pretende el Departamento de Boyacá que se declare la invalidez de los artículos 1º y 2º del Acuerdo No. 008 de 26 de agosto de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Chinavita, *"Por medio del cual se fijan las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo del sector central de la administración y de la personería municipal de Chinavita para la vigencia fiscal 2017"*

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

1.1. Hechos

El Concejo Municipal de Chinavita, expidió el Acuerdo No. 008 de 26 de agosto de 2017, *"Por medio del cual se fijan las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo del sector central de la administración y de la personería municipal de Chinavita para la vigencia fiscal 2017"*, el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 11 de septiembre de 2017.

Señaló que al realizar la revisión jurídica ordenada en el artículo 305, numeral 10 de la Constitución Política de Colombia se observó que el acuerdo objeto de esta demanda es contrario a la ley.

1.2. Normas violadas y Concepto de Violación

Invocó como normas violentadas los artículos 6, 121, 313, 315, de la Constitución Política; artículo 1, 2, 3, 4, 15, 16 al 20 del Decreto 785 de 2005; el artículo 41 de la Ley 136 de 1994; el artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

Al efecto señaló que efectuada la revisión jurídica del Acuerdo acusado, conforme al artículo 1°, que fijó la escala de remuneración de los empleados del sector central de la administración, así como de la personería, asignándole a cada nivel jerárquico una asignación máxima mensual, desconociendo que su competencia, conforme al numeral 6° del artículo 313 de la Constitución, es la de establecer las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del municipio, pues es 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.

Así entonces precisó que la competencia para fijar los límites máximos salariales de los empleados públicos territoriales por niveles jerárquicos, es del gobierno nacional, de conformidad con la ley 4ª de la ley 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 efecto de que ningún empleo del orden territorial, pueda percibir una asignación básica mensual superior a dichos límites máximos, en la forma prevista en el artículo 8° del decreto 995 de 09 de junio de 2017, por medio del cual se fijan los límites máximos salariales de los gobernadores, alcaldes y empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan disposiciones en materia prestacional, pues allí se fijan los límites máximos salariales de los empleados públicos por niveles.

Es decir, que la atribución constitucional de los Concejos municipales consiste en determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, mientras que la facultad de los alcaldes es la de fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes.

Que en el acuerdo acusado el concejo municipal de Chinavita no establece o fija escala salarial alguna por niveles o categorías de empleos, pues solo se limita a establecer unos límites de la 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, razón de ser de una escala.

Finalmente precisó que al incluir el código del empleo en la presunta escala salarial, como ocurre en el acuerdo acusado, se está asignando directamente la remuneración para cada empleo, por cuanto el código, además de indicar el nivel que a la postre antecede la presunta escala, identifica en forma precisa la denominación o nombre del empleo, motivo por el cual se distancia del concepto de escala salarial.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad procesal indicada, la parte actora guardo silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si los artículos primero y segundo del Acuerdo No. 008 de 26 de agosto de 2017 *"Por medio del cual se fijan las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo del sector central de la administración y de la personería municipal de Chinavita para la vigencia fiscal 2017"* se expidieron de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que rigen la materia, especialmente, en cuanto a la competencia se refiere para establecer escala de remuneración salarial.

2. TESIS DEL CASO

De la interpretación de la demanda, 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 demandante

La parte demandante considera inválidos los artículos primero y segundo del Acuerdo No. 008 de 26 de agosto de 2017 por considerar que vulneran el numeral 6º del artículo 313 de la Constitución, argumentando al efecto que dicho acuerdo no fija escala salarial alguna para las diferentes categorías o niveles de empleos, pues solo se limita a establecer unos límites de la asignación máxima mensual para cada uno de los niveles jerárquicos de la administración pública y por otra parte, que al incluir el código del empleo en la presunta escala salarial, se está asignando directamente la remuneración para cada empleo.

b) Tesis argumentativa del demandado

No contesto la demanda.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Dirá la Sala que los cargos propuestos en contra de los artículos primero y segundo del Acuerdo No. 008 de 26 de agosto de 2017, tienen vocación de prosperidad, por cuanto el Concejo Municipal de Chinavita, en lugar de fijar las escalas salariales de remuneración de las distintas categorías de empleo de la administración municipal de Chinavita, estableció unos límites de la asignación máxima mensual para cada uno de los niveles jerárquicos de la administración pública, lo que desconoce 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.

De igual forma, y al haberse incluido el **código** del empleo en la presunta escala salarial, se asignó directamente la remuneración para cada empleo, por cuanto el mismo, además de indicar el nivel que a la postre antecede la presunta escala, identifica en forma precisa la denominación o nombre del empleo, motivo por el cual se distancia del concepto de escala salarial y traspasa las atribuciones constitucionales otorgadas a dicha corporación.

Para dar respuesta al problema planteado y atendiendo los planteamientos de las partes, la Sala encaminará su análisis al estudio de los siguientes ítems: *i)* Los presupuestos de la acción de invalidez de acuerdos municipales, *ii)* De la competencia para fijar salarios y prestaciones de los empleados públicos del nivel territorial, *iii)* De las escalas salariales, *iv)* De las pruebas allegadas al plenario, y el *v)* Caso concreto.

3. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE INVALIDEZ DE ACUERDOS MUNICIPALES

Con miras a resolver el problema jurídico que se suscita en el presente asunto, sea del caso señalar que la acción de revisión de los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes se encuentra establecida en el numeral 10° del artículo 305 de la Constitución Política, al señalar las funciones de los gobernadores. La anterior facultad, es igualmente concordante con lo que al efecto prevé el artículo 118 del Decreto 1333 de 1986[1], en cuanto a las funciones del referido representante legal de la entidad territorial seccional.

[1] Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.

Las potestades así conferidas al gobernador, suponen el envío previo a éste, por parte del alcalde municipal, de copia del acuerdo pertinente, para su respectiva revisión, tal como lo prevé el artículo 117 del Decreto 1333 de 1986.

En ejercicio de la facultad de revisión de los acuerdos municipales, cuando el gobernador del departamento encontrase que el Acuerdo Municipal sometido a su estudio fuere contrario a la Constitución, la ley o las ordenanzas, puede remitirlo dentro de los 20 días siguientes al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida sobre su validez y surta el trámite pertinente, en la forma dispuesta en los artículos 119 y siguientes del Decreto 1333 de 1986.

Las anteriores previsiones, resultan concordantes con lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley 11 de 1986[2], el cual señala 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 Alcaldes, Personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso."*

Así las cosas, a través de este medio procesal se asigna al gobernador del departamento, el deber de revisar los acuerdos de los concejos y decretos de los alcaldes de su jurisdicción y si encuentra que los mismos son violatorios de la Constitución, la ley y las ordenanzas, debe enviarlos al Tribunal Administrativo correspondiente para que, decida sobre su validez. Lo anterior, mediante trámite sumario, en el que se produce decisión que hace tránsito a cosa juzgada, respecto de las disposiciones que fueron estudiadas y contra dicha sentencia no procede recurso alguno, conforme a lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 151 del C.P.A.C.A. que señala que dicho trámite se adelantará en única instancia.

4. DE LA COMPETENCIA PARA FIJAR SALARIOS Y PRESTACIONES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL NIVEL TERRITORIAL

En primer orden resulta pertinente precisar las competencias a efectos de fijar los salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial, en tanto, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, intervienen de manera concurrente tanto el Congreso de la República, el Gobierno Nacional y las Entidades Territoriales.

La Constitución de 1991 en el artículo 150 numeral 19 literal e), dispuso que la competencia para establecer el incremento de salarios corresponde al Congreso de la República; en efecto el referido artículo establece:

---

[2] Por la cual se dicta el Estatuto Básico de la Administración Municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales.

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

A su turno, el artículo 189 de la Carta Política, atribuyó al Presidente de la República la competencia para fijar los emolumentos de los cargos de la Administración Central, indicando:

> *"Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)*
>
> *14. Crear, fusionar o suprimir,* ***conforme a la ley****, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y* ***fijar sus dotaciones y emolumentos.*** *El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales* (...)" (Destacado por la Sala).

Ahora bien, la competencia respecto de la fijación del régimen salarial en las autoridades territoriales concretamente en los municipios, se encuentra establecida en las siguientes disposiciones constitucionales:

En primer lugar, el artículo 287 constitucionalizó la autonomía de las entidades territoriales en los siguientes términos:

> *"Artículo 287. 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 (...)".* (Destacado por la Sala)

A su turno el artículo 313, numeral 6° constitucional, en relación con la determinación del salario, norma que debe entenderse en consonancia con lo establecido en el literal e) – numeral 19 del artículo 150 ibídem, radica en cabeza de los Concejos Municipales, la competencia para determinar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos del orden municipal; en efecto la norma indica:

> *"Artículo 313. 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 (...)".* (Destacado por la Sala).

Por su parte, el numeral 7º del artículo 315 señaló entre otras atribuciones del Alcalde, las siguientes:

> *"Artículo 315. Son atribuciones del alcalde (...)*
>
> *7) Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado (...)"* (Destacado por la Sala).

Sobre el tema la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C- 510 de 1999, en los siguientes términos:

> *"(...) 4.3. En estos términos, para la Corte es claro que* ***existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para 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."*** (Destacado por la Sala)

De acuerdo con lo anterior, y tal como lo ha entendido el Consejo de Estado[3], el régimen salarial de los empleados públicos del orden territorial, debe ser definido por el respectivo concejo municipal, **al determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias**, según la categoría del empleo y corresponde a los alcaldes, fijar los respectivos emolumentos teniendo en cuenta dichas escalas, y respetando los rangos que define el Gobierno Nacional como tope máximo, así como la variación en el Índice de Precios al Consumidor.

5. DE LAS ESCALAS DE REMUNERACIÓN SALARIALES

[3] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A", C.P.: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, providencia de fecha 25 de marzo de 2004, Radicación número: 50001-23-31-000-1998-0303-01(5460-02), Actor: CONSUELO CARDONA HERRERA, Demandado: DEPARTAMENTO DEL META - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL META – DASALUD.

En cuanto se refiere al alcance de las escalas de remuneración salariales, la Corte Constitucional en sentencia C-416 de 18 de junio de 1992, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, 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 este 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", las* ***escalas de remuneración no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores;*** *el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación está circunscrito a la normatividad aplicable a esos rubros en aspectos tales como la previsión de los eventos en que se causan las reglas para su cuantificación, los procedimientos para su cobro, reconocimiento y pago; la facultad de fijar asignaciones mensuales, bonificaciones e incrementos de salarios se agota cuando se determina el monto de ellos".* (Destacado por la Sala)

Doctrinariamente, se define la 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 diferencia 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."***[4] (Destacado por la Sala)

Sobre este concepto, el Concejo de Estado[5] se ha pronunciado respecto al alcance de las escalas de remuneración salarial, resultando pertinente para el asunto bajo estudio, reiterar tales argumentos:

> *"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 -.*

[4] Younes Moreno, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Ed. Temis. Año 2001. Pag. 98
[5] 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.

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"*[6]*.*

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".(Destacado por la Sala)

Así las cosas, 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.**

Frente al tema, este Tribunal en sentencia de 25 de noviembre de 2015, con ponencia del Dr. Fabio Iván Afanador García, dentro del proceso con radicado No. 15001-2333-000-2015-00340-00, respecto al alcance de las escalas de remuneración salarial, indicó lo siguiente:

"(...) B. DE LAS ESCALAS DE REMUNERACIÓN SALARIAL.
Frente al tema, este Tribunal, en sentencia de fecha 29 de julio de 2014, proferida por la Sala de Decisión No. 4, dentro de la Acción de Validez de Acuerdo Municipal,

---

[6] 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.

radicado No.15001233300020140025O- 00, y en donde el suscrito ponente hizo parte de la Sala, se indicó lo siguiente:

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

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.

Veámoslo gráficamente, con valores en el nivel técnico, a manera de ejemplo:

GRADO	CATEGORÍA O NIVEL JERÁRQUICO				
	DIRECTIVO	ASESOR	PROFESIONAL	TÉCNICO	ASISTENCIAL
01	(...)	(...)	(...)	750.000	(...)
02	(...)	(...)	(...)	820.000	(...)

03	*(...)*	*(...)*	*(...)*	*900.000*	*(...)*
04	*(...)*	*(...)*	*(...)*	*1.000.000*	*(...)*
05	*(...)*	*(...)*	*(...)*	*1.100.000*	*(...)*
06	*(...)*	*(...)*	*(...)*	*1.200.000*	*(...)*

De donde para el caso concreto, establecida la anterior escala salarial por el Concejo respectivo, corresponde al Alcalde Municipal, de conformidad con el numeral 7° del artículo 315 de la Constitución Política, fijar la respectiva asignación salarial a cada uno de los empleos que conforman la planta de personal (V/gr. Técnico Administrativo Código 367 Grado 02, le corresponde una asignación salarial mensual de $820.000; al Inspector de Policía 3ª a 6ª categoría, Código 303 Grado 05, le corresponde una asignación salarial mensual de $1.100.000).

Y puede existir otra denominación de empleo del mismo nivel con igual grado salarial (V/gr. Técnico Operativo Código 314 Grado 02 le corresponde una asignación salarial mensual de $820.000, y así para los otros niveles o categorías de empleos).

Obsérvese que al incluir el ***código*** *de los empleos en la presunta escala salarial, como lo plasma el acuerdo en trance, se esta es asignando directamente la remuneración para cada empleo, por cuanto el código, además de indicar el nivel que a la postre antecede la presunta escala, identifica en forma precisa la denominación o nombre del empleo,* ***además de omitir los grados salariales 1 al 5, Código 201, 1 al 7, código 219, 1 al 13 código 202 del nivel profesional****, 1 al 4, Código 303, en el caso del* ***nivel técnico****, 1 al 19 código 438, 1 al 16 del código 407, 17 a 23 del código 407, del* ***nivel asistencial****,* ***motivo por el cual dista ostensiblemente del concepto y acepción de escala*** *(...)"".* (Destacado por la Sala)

6. HECHOS PROBADOS

- Que el Concejo Municipal de Chinavita expidió el Acuerdo No. 008 de 26 de agosto de 2017 *"por el cual se fijan las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo del sector central de la administración y de la personería municipal de Chinavita, para la vigencia fiscal 2017 "* (Fls 9-11)

- Obra en el expediente constancia secretarial, que contiene las sesiones del Concejo Municipal de los debates celebrados para la aprobación del Acuerdo No. 008 de 26 de agosto de 2017 (Fl. 12).

- Que el Acuerdo No. 008 de 26 de agosto de 2017, fue sancionado en la misma fecha (Fl. 13).

7. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala que la apoderada del Departamento de Boyacá pretende se declare inválidos los artículos primero y segundo del Acuerdo No. 008 del 26 de agosto de 2017, al considerar que vulneran el numeral 6° del artículo 313 de la Constitución, argumentando al efecto que dicho acuerdo no estableció escala salarial alguna para las diferentes categorías o niveles de empleos, pues lo que hizo fue establecer

unos límites de la asignación máxima mensual para cada uno de los niveles jerárquicos de la administración pública, e igualmente, porque al incluir el código del empleo en la presunta escala salarial, se asignó directamente la remuneración para cada empleo, por cuanto el código, además de indicar el nivel que a la postre antecede la presunta escala, identifica en forma precisa la denominación o nombre del empleo, motivo por el cual se distancia del concepto de escala salarial.

Así entonces, tenemos que los artículos primero y segundo del Acuerdo No. 008 de 26 de agosto de 2017, disponen lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 1º: Campo de Aplicación:** El presente acuerdo fija la escala de remuneración para los empleos públicos que conforman el sector central de la administración así como de los de la Personería Municipal de Chinavita.*
>
> ***ARTÍCULO 2º: Escala de Remuneración.** A partir del 1º de enero de 2017, las asignaciones básicas mensuales de la escala de remuneración salarial de los empleos públicos del sector central de la Administración y de la Personería Municipal de Chinavita serán ajustados a la cifra de inflación certificada por el DANE y el acuerdo salarial firmado entre, el Gobierno Nacional las Centrales obreras y las federaciones sindicales, del ajuste salarial de un seis punto setenta y cinco por ciento (6.75%), siempre que dicha asignación no supere los límites máximos establecidos en el decreto nacional No 995 del 9 de junio de 2017, evento en el cual el porcentaje de incremento no podrá ser inferior al 6.75% y se ajustará proporcionalmente:*

Código	*Grado*	*No cargos*	*Directivo 2017 6.75%*	*Profesional 2017 6.75%*	*Asistencial 2017 6.75%*	*Trabajador oficial 2017 6.75%*	*Cargo*
407	*1*	*1*		*0*	*768.439*		*AUX. ADM. SEC. GOBIERNNO*
407	*5*	*1*	*0*	*0*	*1.147.484*		*SECRETARIA SISBEN*
440	*5*	*3*	*0*	*0*	*1.147.484*		*AUX. ADM. SEC. TESORERIA SEC. PERSONERIA*
438	*6*	*1*	*0*	*0*	*1.186.800*		*SEC. EJE. DESPACHO*
20	*8*	*2*	*2.117.047*	*0*	*0*		*SEC. GOBIERNO Y PLANEACIÓN*
201	*8*	*1*	*0*	*2.117.047*	*0*		*TESORERIA*
202	*8*	*1*	*0*	*2.117.047*	*0*		*COMISARIA*
T.O		*1*	*0*	*0*	*0*	*1.039.085*	*CONDUCTOR MECANICO*

T.O		1	0	0	0	817.947	CONDUCTOR
T.O		1	0	0	0	1.152.877	OPERARIO

Frente a los cargos formulados, se debe indicar que de conformidad con lo expuesto en líneas que anteceden, el establecimiento de las escalas de remuneración para los empleados públicos de los entes territoriales, es competencia de los Concejos Municipales en forma concurrente con el Congreso de la República, a quien le corresponde señalar los parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional.

En virtud de lo señalado, a este último le corresponde fijar los límites máximos de los salarios de los empleados de conformidad con lo establecido por el legislador y a los Alcaldes, les corresponde fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, conforme los parámetros que señalen los Concejos Municipales, sin que sea dable desconocer los límites máximos establecidos por el Gobierno Nacional.

Así entonces, conforme al análisis normativo que regula la materia, esta Sala, acogiendo las precisiones efectuadas por la Corte Constitucional, al definir la órbita de competencias en materia salarial y prestacional de los servidores públicos, encuentra que, en el caso concreto, lo pretendido por el Concejo Municipal mediante el acuerdo demandado, fue fijar la remuneración salarial de forma precisa para cada uno de los empleos allí establecidos y que conforman o se agrupan,en las distintas categorías de empleos o niveles jerárquicos de la administración central municipal.

Es así que al incluir el **código** de los empleos en la presunta escala salarial, como lo plasma el acuerdo, se esta es asignando directamente la remuneración para cada empleo, por cuanto el código, además de indicar el nivel que a la postre antecede la presunta escala, identifica en forma precisa la denominación o nombre del empleo.

Aunado a ello, omite los grados salariales 1 al 4 Código 407, 1 al 4, código 440, 1 al 5 código 438 del **nivel asistencial**, 1 al 7 Código 201, 1 al 7 Código 202 en el caso de **nivel profesional**, 1 al 7 Código 020, motivo por el cual dista ostensiblemente del concepto y acepción de escala. Veamos tales niveles:

Código	*Grado*	*No cargos*	*Directivo 2017 6.75%*	*Profesional 2017 6.75%*	*Asistencial 2017 6.75%*	*Trabajador oficial 2017 6.75%*	*Cargo*
407	1	1		0	768.439		AUX. ADM. SEC. GOBIERNNO

407	***5***	***1***	***0***	***0***	***1.147.484***		***SECRETARIA SISBEN***
440	***5***	***3***	***0***	***0***	***1.147.484***		***AUX. ADM. SEC. TESORERIA SEC. PERSONERIA***
438	***6***	***1***	***0***	***0***	***1.186.800***		***SEC. EJE. DESPACHO***

201	***8***	***1***	***0***	***2.117.047***	***0***		***TESORERIA***
202	***8***	***1***	***0***	***2.117.047***	***0***		***COMISARIA***

De igual modo advierte la Sala, según el artículo 20 del Decreto 785 de 2005, que los cargos "conductor mecánico – conductor y operario", **pertenecen al nivel jerárquico asistencial** código 482 (conductor mecánico), código 480 (conductor) y código 487 (operario) y no a la categoría T.O. como los denomina el acuerdo demandado, en donde lo que interesa para el presente estudio, se **advierte que no se distinguió el empleo de acuerdo al grado salarial correspondiente**, así:

Código	***Grado***	***No cargos***	***Directivo 2017 6.75%***	***Profesional 2017 6.75%***	***Asistencial 2017 6.75%***	***Trabajador oficial 2017 6.75%***	***Cargo***
T.O		*1*	*0*	*0*	*0*	*1.039.085*	*CONDUCTOR MECANICO*
T.O		*1*	*0*	*0*	*0*	*817.947*	*CONDUCTOR*
T.O		*1*	*0*	*0*	*0*	*1.152.877*	*OPERARIO*

Lo que significa que si lo pretendido con el acuerdo era la fijación de las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del sector central de la administración, no se advierte la inclusión dentro de dicha escala **del nivel jerárquico técnico**, en cambio sí se establece el denominado "*trabajador oficial*", motivo por el cual dista ostensiblemente del concepto y acepción de escala salarial.

De tal suerte que el acto acusado no se ajusta a la facultad prevista para los Concejos Municipales establecida en el artículo 313 de la Constitución Política, referente a "*determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo que se trate*".

Pues, como lo advirtió la parte actora, solo se encargó de establecer unos límites de la 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, razón de ser de una escala.**

Según lo dicho en líneas que anteceden, este Tribunal en la providencia calendada el 25 de noviembre de 2015, indicó 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.

Es así como 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 distinguiendo los grados salariales para cada uno**, 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, el cual es fijado por el Concejo Municipal.

En consecuencia, y conforme al análisis que antecede, la Sala determina que con los artículos primero y segundo demandados, en lugar de fijar las escalas salariales de remuneración de las distintas categorías de empleo de la administración municipal de Chinavita, se establecieron unos límites de la asignación máxima mensual para cada uno de los niveles jerárquicos de la administración pública, lo que desconoce 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.

De igual forma, al incluirse el código del empleo en la presunta escala salarial, se asignó directamente la remuneración para cada empleo, por cuanto el código, además de indicar el nivel que a la postre antecede la presunta escala, identifica en forma precisa la denominación o nombre del empleo, motivo por el cual se distancia del concepto de escala salarial y traspasa las atribuciones constitucionales otorgadas a dicha corporación.

III. DECISIÓN

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: DECLARAR la invalidez de los artículos primero y segundo del Acuerdo No. 008 de 26 de agosto de 2017, *Por medio del cual se fijan las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo del sector central de la administración y de la personería municipal de Chinavita para la vigencia fiscal 2017"*, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Comuníquese esta providencia al representante legal del Departamento de Boyacá, al alcalde municipal, al Presidente del Concejo Municipal y al Personero del Municipio de Chinavita.

TERCERO: ARCHÍVESE el expediente una vez en firme esta providencia

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS.
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICADO EN ESTADO
El auto anterior se [illegible] actuada
No. 20 de hoy [illegible] 2018

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

Tunja, 07 FEB 2019

Demandante	Departamento de Boyacá
Demandado	Municipio de Sutamarchán
Expediente	150012333000-2017-00965-00
Acción	Validez de Acuerdo
Asunto	Sentencia de única instancia – declara invalidez artículo segundo del Acuerdo No. 018 de 2017.

Procede la Sala de Decisión No. 5 de la Corporación, a dictar sentencia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el Departamento de Boyacá en contra del Municipio de Sutamarchán.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (Fls. 2 a 5).

Pretende el Departamento de Boyacá que se declare la invalidez del artículo segundo del Acuerdo No. 018 del 26 de octubre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Sutamarchán, "*por medio del cual se autoriza al alcalde municipal de Sutamarchán para comprometer vigencias futuras*"

1.1 HECHOS

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

El Concejo Municipal de Sutamarchán expidió el Acuerdo No. 018 del 26 de octubre de 2017, "*por medio del cual se autoriza al alcalde municipal de Sutamarchán para comprometer vigencias futuras*", el cual fue radicado en la Dirección Jurídica del Departamento el 22 de noviembre de 2017.

Señaló que al realizar la revisión jurídica ordenada en el artículo 305, numeral 10 de la Constitución Política de Colombia se observó que el acuerdo objeto de esta demanda es contrario a la ley.

1.2 PRETENSIONES

La apoderada del Departamento de Boyacá pretende que se declare la invalidez del **artículo segundo** del Acuerdo No. 018 del 26 de octubre de 2017, así mismo, que se emita pronunciamiento frente a la situación planteada y a la actuación que debe surtir posteriormente el funcionario competente del municipio.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señala como norma violada el artículo 345 de la Constitución Política, pues el acuerdo acusado, autoriza al ejecutivo municipal para que una vez aprobado el mismo, modifique el presupuesto de rentas y gastos del año 2018.

Como sustento de la trasgresión alegada, especialmente, en relación a la facultad que el concejo le otorga al alcalde para modificar el presupuesto (traslados, adiciones, reducciones, adiciones y demás movimientos presupuestales), hizo referencia al concepto proferido por la dirección general de presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad procesal concedida, la parte accionada guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el **artículo segundo** del Acuerdo No. 018 de 26 de octubre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Sutamarchán, trasgrede el ordenamiento jurídico, al otorgarle al ejecutivo la facultad de modificar el presupuesto.

2. TESIS DEL CASO

De la interpretación de la demanda, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por el demandante

La parte demandante encuentra inválido el artículo segundo del Acuerdo No. 018 de 26 de octubre de 2017, por trasgresión del artículo 345 de la Constitución, al considerar que allí se autoriza al ejecutivo municipal para que una vez probado el acuerdo en mención, modifique el presupuesto de rentas y gastos del año 2018, desconociendo que los movimientos como traslados y reducciones, son facultad del concejo y deben ser realizados por estos, sin que dicha función pueda ser transferida al ejecutivo.

b) Tesis argumentativa por el demandado

Guardó silencio.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala declarará la invalidez del **artículo segundo** del Acuerdo No. 018 de 25 de octubre de 2017, atendiendo a que si bien el presupuesto municipal adoptado por Acuerdo del Concejo Municipal, puede ser materia de modificaciones consistentes en la apertura de créditos adicionales, para lo cual es necesario que el alcalde presente a la Corporación el proyecto de acuerdo respectivo, considerando que no es ajustado a derecho que tales decisiones se adopten por decreto administrativo.

No obstante, y a pesar de que se haga en uso de las facultades pro tempore establecidas en el artículo 313-3 Superior, **el Concejo no puede facultar al Alcalde Municipal para modificar el presupuesto municipal en lo que tiene que ver con adiciones y operaciones de crédito**. En tanto que el ordenamiento constitucional y legal proscribe dichas adiciones a los presupuestos de las entidades territoriales (Nación, Departamento y Municipio). Por lo que jamás el Concejo Municipal puede desprenderse de la atribución constitucional y legal que tiene en materia presupuestal para radicarla en cabeza del Alcalde.

3.- PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE INVALIDEZ DE ACUERDOS MUNICIPALES

Con miras a resolver el problema jurídico que se suscita en el presente asunto, sea del caso señalar que la acción de revisión de los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes se encuentra establecida en el numeral 10° del artículo 305 de la Constitución Política, al señalar las funciones de los gobernadores. La anterior facultad, es igualmente concordante con lo que al efecto prevé el artículo 118 del Decreto 1333 de

1986[1], en cuanto a las funciones del referido representante legal de la entidad territorial seccional.

Las potestades así conferidas al gobernador, suponen el envío previo a este, por parte del alcalde municipal, de copia del acuerdo pertinente, para su respectiva revisión, tal como lo prevé el artículo 117 del Decreto 1333 de 1986.

En ejercicio de la facultad de revisión de los acuerdos municipales, cuando el gobernador del departamento encontrase que el Acuerdo Municipal sometido a su estudio fuere contrario a la Constitución, la ley o las ordenanzas, puede remitirlo dentro de los 20 días siguientes al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que este decida sobre su validez y surta el trámite pertinente, en la forma dispuesta en los artículos 119 y siguientes del Decreto 1333 de 1986.

Las anteriores previsiones, resultan concordantes con lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley 11 de 1986[2], el cual señala 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 Alcaldes, Personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso."*

Así las cosas, a través de este medio procesal se asigna al gobernador del Departamento, el deber de revisar los acuerdos de los concejos y decretos de los alcaldes de su jurisdicción y si encuentra que los mismos son violatorios de la Constitución, la Ley y las ordenanzas, debe enviarlos al Tribunal administrativo correspondiente para que decida sobre su validez. Lo anterior, mediante trámite sumario, en el que se produce decisión que hace tránsito a cosa juzgada, respecto de las disposiciones que fueron estudiadas y contra dicha sentencia no procede recurso alguno.

4.- La competencia para efectuar modificaciones y adiciones en el presupuesto municipal.

En relación con la competencia de los concejos municipales, el numeral 5 del artículo 313 de la Constitución Política, determinó que a estos les corresponde expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, al respecto señala la norma lo siguiente:

---

[1] **Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.**
[2] Por la cual se dicta el Estatuto Básico de la Administración Municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales.

> ***"Art. 313.-*** *Corresponde a los concejos:*
>
> *(...)*
>
> *3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones que le corresponden al concejo.*
> *(...)*
>
> *5. Dictar normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos."*

Ahora bien, el artículo 345 *ibídem,* señala lo siguiente:

> ***"Art. 345.-*** *En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos.*
>
> *Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto."*

A su vez, el artículo 352 de la C.P. dispone:

> ***"Art. 352.-*** *Además de lo señalado en esta constitución, la Ley Orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar"*

Entre tanto, el artículo 77 del Decreto 111 de 1996 autoriza al Gobierno (Alcalde en el caso de los Municipios) para reducir y aplazar, total o parcialmente, las apropiaciones presupuéstales; así mismo prevé la posibilidad de que el Congreso (Concejo en el caso municipal) a iniciativa del Gobierno (Alcalde), decrete los traslados presupuestados o abra créditos adicionales, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprometidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión.

A su vez, el artículo 81 ibídem estableció: *"Ni el Congreso ni el Gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contra créditos a la ley de apropiaciones (Ley 38/89, artículo 67).*

Por su parte, el artículo 82 del Estatuto Orgánico del Presupuesto señaló: *La disponibilidad de los ingresos de la Nación para abrir los créditos adicionales al presupuesto será certificada por el contador general. En el caso de los*

ingresos de los establecimientos públicos la disponibilidad será certificada por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces. La disponibilidad de las apropiaciones para efectuar los traslados presupuestales será certificada por el jefe de presupuesto del órgano respectivo (Ley 38/89, articulo 68, Ley 179/94 artículo 35)

Ahora bien, de acuerdo con lo indicado en el artículo 4º de la Ley 179 de 1994 (que junto con las leyes 38 de 1989, 225 de 1995 y las reformas implementadas mediante las leyes 617 de 2000, 819 de 2003 y 1473 de 2011 conforma el estatuto orgánico del presupuesto), los principios del sistema presupuestal son: La planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, la inembargabilidad, la coherencia macroeconómica y la sostenibilidad fiscal.

En materia de presupuesto, debe atenderse por tanto a los referidos principios, por cuanto son precedentes que condicionan la validez del proceso presupuestal, de manera que al no ser tenidos en cuenta, vician la legitimidad del mismo. No son simples requisitos sino pautas determinadas por la ley orgánica y determinantes del presupuesto. (Sentencia C-337 de 1993).

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C- 337 de 1993[3], refiere:

> *"(...)*
>
> *La sistematización implica, por lo menos, dos aspectos: en primer lugar, se sienta el principio del proceso presupuestal, es decir, un conjunto de actos coordinados que se dirigen a un mismo fin determinado y determinante, a la vez, de dichos actos; en segundo lugar, todo el proceso presupuestal se armoniza con el proceso de planeación, de tal manera que convergen, el uno y el otro.*
>
> *Esa es la razón por la cual la Ley 38 de 1989, introduce un principio: el de planificación, que consiste en que, de conformidad con el artículo 9o. de la ley mencionada, el Presupuesto General de la Nación deberá reflejar los planes de largo, mediano y corto plazo. En consecuencia, para su elaboración se tomarán en cuenta los objetivos de los planes y programas de desarrollo económico y social, el plan financiero y el plan operativo anual de inversiones, y la evaluación que de éstos se lleve a cabo conforme a las disposiciones consagradas en el Estatuto Orgánico y en su reglamento.*
>
> *Hay también otros presupuestos que consagra la Ley 38 de 1989. Ellos son el de la anualidad, el de universalidad[5], el de equilibrio presupuestal[6], el de programación integral y el de la inembargabilidad.*
>
> *En este orden de ideas, los principios consagrados en el Estatuto orgánico de presupuesto, son precedentes que condicionan la validez del proceso presupuestal, de manera que al no ser tenidos en cuenta, vician la legitimidad del mismo. No son simples requisitos, sino pautas determinadas por la ley orgánica y determinantes de la ley anual de presupuesto.*

[3] Corte Constitucional, sentencia C- 337 del 19 de agosto de 1993, Rad. N° D-296, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Por tanto, es conveniente señalar los aspectos más relevantes de cada uno de los principios presupuestales.

a) El principio de anualidad
La estimación de los ingresos y la autorización de los gastos públicos se debe hacer periódicamente cada año, del 1o. de enero al 31 de diciembre, integrando la unidad de cómputo determinada temporalmente en un período de tiempo. Es la renovación anual de la intervención del Congreso en las materias fiscales, de modo que sientan la permanencia y continuidad de la potestad legislativa en tales asuntos. Este principio hace parte de nuestro ordenamiento jurídico debido a la función de control político integral del Congreso, pues a medida que éste se consolidó, reclamó para sí la intervención en los asuntos fiscales, de manera periódica y continua. Su objetivo principal es facilitar la labor de armonizar la gestión presupuestal con otras actividades que tienen lugar también dentro del marco anual. El principio de la anualidad tiene, pues, la ventaja de acomodar la gestión.

b) El principio de la universalidad

Según Marcel Waline, este principio consiste en que todas las rentas y todos los gastos, sin excepción, figuren en un presupuesto[7]. Y es lógico que así sea, pues la sistematización exige una estimación global, que abarque como un todo cada una de las partes fiscales. Su consagración obedece a que se vio la necesidad de una concepción total, puesto que el control político-fiscal exige la universalidad y no la parcialidad, en aras de la objetividad, controlando el todo, se controlan las partes, pero no lo contrario. El control político y operativo del presupuesto se puede realizar efectivamente, siempre y cuando todos los ingresos y gastos figuren allí. La finalidad, pues, no es otra que la efectividad del control.

Sin embargo, debe la Corte reiterar que esta Corporación ya se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad del principio anteriormente citado:

"La Corte encuentra que el precepto de universalidad no se aviene con el actual artículo 347 de la carta Política. El mencionado principio se predica únicamente del gasto y no de los ingresos o rentas".[8]

c) Principio de unidad de Caja

Consiste en que la totalidad de los ingresos públicos debe recibirse sin previa destinación a un fondo común desde donde se asignan a la financiación del gasto público. Sin este principio hay una desorientación del gasto público, y entonces se hace poco viable destinar el gasto hacia las áreas prioritarias. Se necesita, pues, una libertad para destinar el gasto a lo más conveniente, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Se busca que la actividad presupuestal pueda ejercer con amplitud su función de orientar el gasto público hacia las áreas que estime prioritarias, sin que encuentre los ingresos preorientados hacia la financiación de determinados gastos.[9]

d) El principio del equilibrio presupuestal

Significa que los ingresos corrientes (tributarios y no tributarios) de una Nación, son iguales a la totalidad del gasto público. Este es el concepto de la Hacienda Pública clásica que tuvo en cuenta la misión Kemmerer en 1922.

"Sin embargo -advierte Restrepo-, con el correr del tiempo, el uso del crédito se fue generalizando como instrumento normal de financiación presupuestal, no ya para financiar gastos extraordinarios, sino para atender cualquier tipo de gasto público (...). El propósito implícito en la formulación original del principio del equilibrio presupuestal (evitar el excesivo uso del endeudamiento público) ha pasado a convertirse en una mera expresión formal" .[10]

Si no se acude a este principio, hay riesgo de un desorden presupuestal, en donde no existe armonía entre el ingreso y el gasto, lo cual conduce a que el control político ejercido sea inoperante y sin razón de ser. Lo que se busca entonces es evitar el endeudamiento público no proporcionado con la capacidad económica del Estado, como medida de prudencia política y de seguridad económica.

Al igual que en el caso del principio de la universalidad, conviene reiterar que esta Corporación ya se ha pronunciado acerca de la inconstitucionalidad del principio al cual se hace referencia. Sobre el particular, manifestó la Corte:

"El principio de equilibrio entre los ingresos corrientes y los gastos ordinarios que el Estado pretende realizar durante la vigencia presupuestal respectiva no corresponde a lo preceptuado en el artículo 347 de la Constitución. En esta última disposición queda establecida la obligación para el Gobierno Nacional de incluír en el proyecto de ley anual de presupuesto todos los gastos que espera realizar en el período fiscal. Esta flexibilidad que indudablemente representa un avance en la técnica legislativa presupuestal, desvirtúa sin embargo el antiguo principio de la paridad de ingresos y gastos en materia presupuestal".[11]

e) El principio de la programación integral

Es un principio nuevo consagrado en el artículo 13 de la Ley 38 de 1989, que señala: "Todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes". Consiste en contemplar la relación causal entre inversión y funcionamiento, de suerte que deben considerarse simultánea e integralmente y no como fases aisladas. Su consagración se fundamenta en el hecho de que sin este principio no hay unidad en el gasto público, el cual, si bien es cierto contempla distintos fines, éstos se hallan vinculados armónicamente, de suerte que la inversión, en última instancia, se hace con miras a un eventual funcionamiento; y el funcionamiento supone una inversión. Con la programación integral se pretende evitar que los programas de inversión omitan contemplar explícitamente los compromisos de funcionamiento que ellos acarrean, lo que se ha convertido, con el correr de los años en un factor de desestabilización de las finanzas públicas.

f) El principio de la inembargabilidad

El artículo 16 de la ley orgánica del presupuesto, señala que "las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación son inembargables. La forma de pago de las sentencias a cargo de la Nación se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones legales concordantes". De acuerdo con lo estipulado en el artículo transcrito, se tiene que son inembargables las rentas y recursos incorporados en el presupuesto nacional. El principio de la inembargabilidad se justifica porque se cuenta con esas rentas y recursos para una inversión o funcionamiento que requiere la Nación para satisfacer el interés general. Con ello se logra la efectividad del cumplimiento presupuestal, pues así como no hay título jurídico alguno que tenga validez frente al interés general. Esta Corporación ha sostenido, y lo reitera, que la embargabilidad de las rentas y recursos incorporales en el presupuesto nacional es procedente cuando se trata de sentencias que han condenado a la Nación o a entidades del Estado, habiendo transcurrido un lapso superior a los dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la providencia (art. 177 C.C.A.).

Cabe destacar sin embargo, que este principio de la inembargabilidad no es absoluto, ya que con base en él no puede, por ejemplo, desconocerse un derecho fundamental."

Otro postulado al decir de la Doctrina y que es pertinente en el sub judice[4], es el de legalidad o de competencia, conforme a éste, la manera como se

[4] Juan Camilo Restrepo, Hacienda Pública, 10ª edición, página 388.

desarrolla el ciclo presupuestal (Preparación, discusión, aprobación, ejecución y control) debe estar prevista en una ley de alta jerarquía e igualmente éste proceso no puede ser decidido y realizado solamente por el poder ejecutivo con exclusión de la representación popular, principalmente en las fases de discusión y aprobación del presupuesto.

Se reitera así que, en materia de presupuesto, es competencia del Congreso (O del Órgano de Representación) señalar la forma como se deben invertir los dineros del erario público, y en tal sentido, no puede el gobierno de manera ordinaria efectuar modificaciones al presupuesto, pues tal atribución le corresponde únicamente al Congreso y solo de manera excepcional al gobierno.

Lo anterior, es corolario del postulado de colaboración integral al que alude la carta política en el artículo 113 y según el cual, "*los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.*"

En sentencia de constitucionalidad C-192 del 15 de abril de 1997[5], la Corte Constitucional señaló:

> ***"Legalidad del gasto, ley orgánica y reducción o aplazamiento de las apropiaciones presupuestales.***
>
> *5- Tal y como ya lo ha señalado esta Corporación, el principio de legalidad del gasto constituye un importante fundamento de las democracias constitucionales. Según tal principio, es el Congreso y no el Gobierno quien debe autorizar cómo se deben invertir los dineros del erario público, lo cual explica la llamada fuerza jurídica restrictiva del presupuesto en materia de gastos, según el cual, las apropiaciones efectuadas por el Congreso por medio de esta ley son autorizaciones legislativas limitativas de la posibilidad de gasto gubernamental[2].* ***Con base en tales principios, esta Corporación ha concluido que no puede ordinariamente el Gobierno modificar el presupuesto, pues tal atribución corresponde al Congreso, como legislador ordinario, o al Ejecutivo, cuando actúa como legislador extraordinario durante los estados de excepción[3], por lo cual son inconstitucionales los créditos adicionales o los traslados presupuestales administrativos. Es cierto pues, como lo señala uno de los intervinientes, que no puede la ley orgánica atribuir al Gobierno la facultad de modificar el presupuesto.***

Finalmente debe dejarse anotado que el literal G del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012 consagró como facultades de los Alcaldes en materia de presupuesto la de: "*Incorporar dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución*".

---

[5] Corte Constitucional, sentencia C- 192 del 15 de abril de 1997, Rad. N° D-1437, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Es decir que una de las funciones que tendrá el Alcalde es la de '*incorporar*' dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos que hubiese recibido el tesoro municipal (i) bien como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o (ii) de cooperación internacional. La norma establece que el Alcalde, además de '*incorporar*' dichos recursos deberá '*adelantar su respectiva ejecución*' advirtiendo expresamente que estos han de ser '[...] *ejecutados en los términos previstos por el régimen presupuestal*".

Ahora bien, conforme a lo anterior, y en relación con la autoridad competente para incorporar dentro del presupuesto municipal los recursos de cofinanciación provenientes del orden nacional, departamental o de cooperación internacional, la Procuraduría General de la Nación en concepto del 05 de junio de 2013, sostuvo:

"La norma demandada, al aludir a proyectos de inversión que deben ser cofinanciados y no asumidos en su totalidad únicamente con recursos municipales, involucra obligatoriamente ***dos tipos de competencia que deben ejercer los concejos municipales****. Por una parte, implica que esos proyectos deben ser objeto de aprobación dentro de los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas de los municipios. Por la otra, se refiere a la aprobación presupuestal, dentro de los gastos de inversión, de la parte de financiación que le corresponde asumir a los municipios en relación tales proyectos, en cuanto a que pueden ser cofinanciados con entidades nacionales, departamentales u organismos de cooperación internacional.*

Lo anterior es así porque, dentro de los planes de desarrollo que aprueban las corporaciones públicas de representación popular, se encuentran los planes de inversión pública, los que deben contener los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión y la especificación de los recursos financieros requeridos para su financiación, y, en el caso de los entes territoriales, sus planes deben elaborarlos y adoptarlos de manera concertada con el gobierno nacional, lo que obligatoriamente implica la determinación de los proyectos que van a ser objeto de cofinanciación, en virtud de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que rigen las relaciones de la Nación con los entes territoriales, incluidos los municipios, y según lo expresamente prescrito en materia de planeación en los artículos 339 y 342 de la Carta Política.

De igual manera, porque los presupuestos, en su componente de gastos, deben incluir las partidas pertinentes para dar cumplimiento a los planes de desarrollo, las cuales deben ser decretadas por el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales, según lo ordenado al respecto por los artículos 345, 346, 352 y 353 de la Carta Política.

El anterior contexto constitucional en materia de planeación y presupuesto aplicable a los proyectos de inversión municipales cofinanciados, plantea dos situaciones en cuanto a la autoridad competente para incorporar en los presupuestos municipales los recursos de cofinanciación provenientes de entes nacionales, departamentales o de cooperación internacional, a partir de lo regulado en el literal g) del artículo 91 de la Ley 136, en la forma adicionada por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012*.*

Por un lado, ***si los proyectos de inversión municipales cofinanciados ya han sido objeto de aprobación por parte de los concejos****, tanto desde el punto de vista de la planeación, como de los presupuestos anuales, es procedente que,* ***mediante decreto proferido por el alcalde, los recursos provenientes del ente cofinanciador se incorporen al presupuesto municipal, sin que esta decisión desconozca las funciones constitucionales de los concejos municipales en materia de aprobación de***

presupuestos, porque, precisamente, el cabildo ya hizo las aprobaciones requeridas de tales proyectos de inversión, habiendo ejercido sin restricción alguna las competencias que al respecto le confiere el ordenamiento superior.

Cosa distinta sucede si el proyecto de inversión municipal a cofinanciar no ha sido objeto de aprobación por parte del concejo municipal, tanto desde el punto de vista de la planeación, como de los presupuestos anuales, porque en ese evento, la incorporación presupuestal que llegare a hacer el alcalde, mediante decreto, de los recursos procedentes del ente cofinanciador, desconocerían la competencia de los concejos en materia de aprobación de planes de desarrollo y de presupuestos, entendida esta como una expresión propia de la democracia representativa en lo relacionado con la aprobación del gasto y el control de mismo.

En esas circunstancias, cualquier incorporación al presupuesto municipal que se pretenda hacer de los recursos para cofinanciar proyectos aportados y girados por las entidades nacionales, departamentales o de cooperación internacional, debe necesariamente ser aprobada directamente por el concejo. Esto, para garantizar el control político que debe realizarse en asuntos presupuestales y de planeación, y el cabal cumplimiento de los compromisos que asumen los entes municipales en materia de ejecución de proyectos cofinanciados y, por ende, de los fines estatales en estas instancias de administración pública.

5. Hechos Probados.

- Que el Concejo Municipal de Sutamarchán expidió el Acuerdo No. 018 de 26 de octubre de 2017 *"por medio del cual se autoriza al alcalde municipal de Sutamarchán para comprometer vigencias futuras"* (Fls 9-14)

- Obra en el expediente constancia secretarial, que contiene las sesiones del Concejo Municipal de los debates celebrados para la aprobación del Acuerdo No. 018 de 26 de octubre de 2017 (Fl. 15).

- Que el Acuerdo No. 018 de 26 de octubre de 2017, fue sancionado el 27 de octubre de 2017 (Fl. 16).

- A folio 18, se encuentra constancia de publicación en la cartelera de la alcaldía municipal del acuerdo No. 018 de 26 de octubre de 2017 (fl. 18)

6. CASO CONCRETO.

Se precisa, que lo que se censura es la vulneración del artículo 345 de la Constitución Política, en la que se incurrió, con ocasión de la aprobación del Acuerdo No 018 de 26 de octubre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Sutamarchán, al autorizar, conforme al artículo segundo, al Alcalde municipal para modificar el presupuesto de rentas y gastos.

Así entonces, tenemos que el artículo censurado dispone lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO SEGUNDO:** Autorícese al alcalde municipal de Sutamarchán para que una vez comprometidos los recursos a los que se refiere dicho acuerdo, modifique el respectivo presupuesto de rentas y gastos del año 2018, para incluir mediante decreto las asignaciones necesarias para cumplir los compromisos adquiridos"*

Conforme con el cargo formulado y el contenido del artículo acusado, se debe señalar que el Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996, norma a la que han de sujetarse las disposiciones presupuéstales, prevé expresamente la posibilidad de modificar el presupuesto y en los artículos 79, 80 y 81, autoriza la apertura de créditos adicionales por parte del Congreso, en el presente caso el Concejo Municipal, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes, siempre que se hiciere indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para complementar las insuficientes, ampliar los servicios existentes, establecer nuevos servicios autorizados por la ley, entre otros.

Precisamente, frente a las modificaciones al presupuesto de las entidades territoriales, consistentes en adiciones al presupuesto y créditos adicionales, el H. Consejo de Estado en concepto de fecha 05 de junio de 2008, radicación N° 1889 señaló:

> *"El Estatuto Orgánico del Presupuesto, compilado en el decreto nacional 111 de 1996[2], **determina las reglas para las "modificaciones al presupuesto", como parte de la ejecución del mismo**, en los artículos 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83 y 84, conforme a los cuales pueden darse las siguientes situaciones:*
>
> *a) La reducción o el aplazamiento de las apropiaciones presupuéstales, total o parcialmente, porque los recaudos del año pueden ser inferiores a los compromisos; o no se aprobaron nuevos recursos; o los nuevos recursos aprobados resultan insuficientes; o no se perfeccionan los recursos de crédito autorizado; o por razones de coherencia macroeconómica. El Gobierno Nacional, por decreto y previo concepto del Consejo de Ministros, señala las apropiaciones que deben reducirse o aplazarse. La competencia se radica en el Gobierno Nacional pues la jurisprudencia ha interpretado que las reducciones o aplazamientos no modifican el presupuesto, en sentido estricto, pero sí deben tomarse en forma razonable y proporcionada y a través de un acto administrativo sujeto a control judicial.*
>
> *b) **Las adiciones al presupuesto o créditos adicionales, para aumentar el monto de las apropiaciones o complementar las insuficientes, o ampliar los servicios existentes, o establecer nuevos servicios autorizados por la ley. La jurisprudencia distingue los créditos suplementales, que corresponden al aumento de una determinada apropiación, y los créditos extraordinarios, cuando se crea una partida.[4] En ambos casos la competencia es del Congreso a iniciativa del Gobierno Nacional,** porque se están variando las partidas que el mismo Congreso aprobó. El Gobierno Nacional asume esta competencia cuando las adiciones sean única y exclusivamente para atender gastos ocasionados por la declaratoria de estados de excepción (...)"*

En éste mismo sentido, recientemente, ha observado la misma corporación[6]:

---

[6] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre

> ***"En tal orden, eventos tales como la modificación del presupuesto o que se incluyan en éste potestades que son ajenas a la autoridad que debe ponerlo en vigencia por Decreto sólo son ejecutables por el órgano de Representación popular, es decir, Congreso, Asamblea y Concejo. (Artículos 338 y 345 de la Carta Política), en aplicación del designio constitucional que fue claro en establecer que no es posible crear o modificar una renta o gasto y aprobar o modificar el presupuesto, sin la participación de la respectiva Corporación Pública de elección popular.***
>
> ***Como se puede observar, el marco constitucional y legal precisa que es ésta Corporación, es decir, el Concejo Municipal de Suesca, el que tiene la competencia para aprobar los actos de modificación presupuestal presentados a su consideración por iniciativa del Alcalde tales como la creación de rubros, traslados, adiciones, aprobación de créditos, aumento del monto de las apropiaciones, suscripción de contratos, etc."***

Por su parte, la Corte Constitucional al efecto ha mencionado:

> *"Si debido a naturales cambios económicos o de prioridades, el Gobierno necesita modificar la destinación de determinadas apropiaciones fiscales, crear nuevas o aumentar el monto de las existentes, debe recurrir a los llamados créditos adicionales y traslados presupuestales. En virtud de los primeros, se busca aumentar la cuantía de una determinada apropiación (créditos suplementales) o crear una partida de gasto que no estaba prevista en el proyecto original (créditos extraordinarios). En virtud de los traslados, se disminuye el montante de una apropiación (contracrédito) con el fin de aumentar la cantidad de otra partida (crédito).* ***Sólo el Congreso -como legislador ordinario- o el Ejecutivo -cuando actúa como legislador extraordinario durante los estados de excepción- tienen la posibilidad de modificar el presupuesto. Por ello, si el Gobierno se encuentra obligado a efectuar créditos adicionales o traslados presupuestales debe presentar y tramitar el correspondiente proyecto de ley"***[7].

En suma, no queda duda en cuanto a que el presupuesto municipal adoptado por Acuerdo del Concejo Municipal, **puede ser materia de modificaciones consistentes en la apertura de créditos adicionales, para lo cual es necesario que el alcalde presente a la Corporación el proyecto de acuerdo respectivo, considerando que no es ajustado a derecho que tales decisiones se adopten por decreto administrativo.**

No obstante, y a pesar de que se haga en uso de las facultades pro tempore establecidas en el artículo 313-3 Superior, **el Concejo no puede facultar al Alcalde Municipal para modificar el presupuesto municipal en lo que tiene que ver con adiciones y operaciones de crédito**. En tanto que el ordenamiento constitucional y legal proscribe dichas adiciones a los presupuestos de las entidades territoriales (Nación, Departamento y Municipio). **Por lo que jamás el Concejo Municipal puede desprenderse**

---

de dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00153-01, Actor: VEEDURÍA CIUDADANA DE SUESCA, Demandado: MUNICIPIO DE SUESCA.

[7] C-685 de 1996, M.P. Alejandro Martinez Caballero.

de la atribución constitucional y legal que tiene en materia presupuestal para radicarla en cabeza del Alcalde.

En efecto, por mandato constitucional, la creación del presupuesto de rentas y gastos, deben ser ordenadas por el legislador, en este caso, corresponde al Concejo Municipal, tal como lo establece el numeral 5 del artículo 313 de la Constitución Política.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 352 Superior, las autoridades deben ceñirse al Estatuto Orgánico del Presupuesto, que se encuentra consagrado en el Decreto 111 de 1996, preceptuando en su artículo 80 que *"El Gobierno Nacional presentará al Congreso Nacional, proyectos de ley sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión".*
Por lo que no es potestativo, **sino obligatorio**, que para el caso de los municipios, sea el Concejo a solicitud del Alcalde el que apruebe las modificaciones a efectuarse.

La Corte Constitucional, igualmente ha precisado el alcance de las facultades otorgadas al Legislador, así:

> *"Consecuencia inmediata del principio de legalidad del gasto público es la disposición contenida en el segundo inciso del artículo 345 de la Constitución,* ***que indica que los traslados presupuéstales deben ser ordenados por el legislador, sin que sea posible que éste resigne dicha facultad en el Ejecutivo****. Sobre el particular la Corte ha insistido en la necesidad de que dichos traslados sean aprobados directamente por el legislador. En este sentido ha expresado lo siguiente:*
>
> *"Tal y como ya lo ha señalado esta Corporación, el principio de legalidad del gasto constituye un importante fundamento de las democracias constitucionales. Según tal principio, es el Congreso y no el Gobierno quien debe autorizar cómo se deben invertir los dineros del erario público, lo cual explica la llamada fuerza jurídica restrictiva del presupuesto en materia de gastos, según el cual, las apropiaciones efectuadas por el Congreso por medio de esta ley son autorizaciones legislativas limitativas de la posibilidad de gasto gubernamental. Con base en tales principios, esta Corporación ha concluido que no puede ordinariamente el Gobierno modificar el presupuesto, pues tal atribución corresponde al Congreso, como legislador ordinario, o al Ejecutivo, cuando actúa como legislador extraordinario durante los estados de excepción, por lo cual son inconstitucionales los créditos adicionales o los traslados presupuéstales administrativos. Es cierto pues, como lo señala uno de los intervinientes, que no puede la ley orgánica atribuir al Gobierno la facultad de modificar el presupuesto..." (Negrillas y Subrayas Fuera de Texto).*

Así las cosas, se debe señalar que por regla general los Concejos Municipales no pueden facultar al Alcalde Municipal para llevar a cabo adiciones ejecutivas

al presupuesto municipal, en tanto que el ordenamiento legal y constitucional proscribe las adiciones ejecutivas a los presupuestos de las entidades territoriales (Nación, Departamento y Municipio).

No obstante lo anterior, y como excepción a la regla general, se debe señalar que de conformidad con el literal G del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, es facultad de los Alcaldes en materia presupuestal, sin necesidad de Acuerdo que lo faculte o lo autorice, **incorporar dentro del presupuesto municipal los recursos que haya recibido del tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional, frente a lo cual no se requiere autorización de ninguna índole.**

Se trata entonces de una regla exceptiva que debe operar para los casos taxativamente señalados, circunstancia que no ocurre en el presente caso, pues el objeto del acuerdo es financiar los proyectos de inversión allí contemplados, comprometiendo recursos de vigencias futuras excepcionales con destino a la financiación de dichos proyectos, para lo cual, una vez comprometidos los recursos a los que se refiere el acuerdo, **el alcalde estaría facultado para modificar el presupuesto de rentas y gastos del año 2018**.

Así las cosas, la Sala observa que la facultad de modificación del presupuesto, concedida mediante el **artículo segundo** del acuerdo No 018 de 26 de octubre de 2017, al alcalde del Municipio de Sutamarchán, para que una vez comprometidos los recursos a los que se refiere dicho acuerdo, modifique el respectivo presupuesto de rentas y gastos del año 2018, para incluir mediante decreto las asignaciones necesarias para cumplir los compromisos allí establecidos, no cumple con los postulados de los numerales 3° y 5° del artículo 313 de la Carta Política, puesto que no resulta viable que el Concejo asigne funciones al Alcalde para realizar modificaciones presupuestales, toda vez que se incumplen postulados superiores.

Ello es así, porque al facultar al alcalde para efectuar modificaciones presupuestales, **siendo una función específica** del Concejo Municipal, desdibuja el sistema presupuestal dispuesto en la Carta Política y en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, principalmente porque inobserva los postulados de competencia, legalidad y universalidad.

En suma, para la Sala, los argumentos de la parte demandante, tienen vocación de prosperidad, es decir que el **artículo segundo** del acuerdo No 018 de 26 de octubre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Sutamarchán debe ser declarado inválido.

Así entonces, y al declararse la invalidez del referido acuerdo, la consecuencia de ello es dejar sin efectos, en lo pertinente, los actos administrativos que hubieren desarrollado directamente la autorización contenida en el referido Acuerdo, conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la invalidez del **artículo segundo** del Acuerdo No. 018 de 26 de octubre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Sutamarchán, "*Por medio del cual se autoriza al alcalde municipal de Sutamarchán para comprometer vigencias futuras*"

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración de invalidez del **artículo segundo** del Acuerdo No. 018 de 26 de octubre de 2017, quedan sin efectos, en lo pertinente, los actos administrativos que hubieren desarrollado directamente la autorización contenida en el referido Acuerdo.

TERCERO: Comuníquese esta providencia al representante legal del Departamento de Boyacá, al Presidente del Concejo Municipal, al Alcalde y al Personero Municipal de Sutamarchán.

CUARTO: ARCHÍVESE el expediente una vez en firme esta providencia

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 20 Fecha 0 6 FEB 2018
EL SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja,

Accionante	José Amado López Malaver
Accionado	Superintendencia de industria y Comercio y otros.
Expediente	150012333-000-2018-00013-00.
Medio de control	Cumplimiento

Ingresa el expediente al despacho, con ocasión del vencimiento del término señalado en el auto 19 de enero 2018, que dispuso la inadmisión de la demanda, a efectos de determinar si se procedió en la forma indicada con la adecuación del libelo introductorio.

I. ANTECEDENTES

El señor José Amado López Malaver, presentó demanda en ejercicio del medio de control de cumplimiento en contra de la Superintendencia de industria y Comercio, la Policía Nacional y los 123 municipios del departamento de Boyacá, con la finalidad que se procediera al cumplimiento de la ley 1480 de 2011 y 1801 de 2016, en relación a los artículos 87 – 89 y 90, frente al cumplimiento de los requisitos allí establecidos para la debida prestación del servicio que ofrecen los establecimientos o parqueaderos para vehículos en ejercicio de dicha actividad.

II. CONSIDERACIONES

Con proveído de 19 de enero de 2018[1], y de conformidad con el artículo 12 de la ley 393 de 1997, se concedió a la parte actora, un término de dos (2) días, a efectos que corrigiera la demanda, en razón a que **i)** no se había determinado la autoridad o particular incumplido, en atención a que como la demanda se instaura en contra de los 123 municipios del departamento, no se encontraba determinado que autoridad del orden local estaba incurriendo en el incumplimiento de las disposiciones legales invocadas y **ii)** debido a que no se apartaba con el líbelo la prueba de haber requerido a la autoridad, en forma directa y previa al ejercicio de la acción, es decir la constitución en renuencia.

Pues si bien el actor allegó copia del escrito de 29 de noviembre de 2017, dirigido tanto a la alcaldía municipal de Tunja y la Superintendencia de Industria y comercio, conforme al mismo, se advirtió que no constituía el

[1] Folio 29-31.

cumplimiento del requisito exigido, pues la petición especifica del escrito comprendía la solicitud de información de las razones por las cuales, la autoridad designada por ley y encargada de ejercer de manera oficiosa el cumplimiento de los requisitos exigidos, estaba omitiendo las obligaciones contempladas en las leyes 1480 de 2011 y 1801 de 2016.

Lo que significaba que a través de dicho escrito se instó a las autoridades para que informaran la razón del incumplimiento de sus obligaciones legales, más no, para que procedieran a atender el mandato legal que presuntamente está siendo desentendido.

De igual forma, se le requirió, para que allegará al expediente copia de la constitución en renuencia realizada a las otras entidades accionadas, es decir, a la Policía Nacional como a los 123 municipios del departamento, pues con la demanda no se habían aportado dicha documental.

Es así que el auto inadmisorio de la demanda, se notificó con **anotación en el estado** No 07 de 22 de enero de 2018, folio 31, razón por la cual, el término para subsanar la demanda, correspondía a los días **23 y 24 de enero de 2018,** término dentro del cual la parte interesada guardo silencio-.

Ante tal circunstancia, el artículo 12 de la ley 393 de 1997, establece que cuando la demanda al carecer de alguno de los requisitos señalados en el artículo 10 ibídem, y luego de la prevención realizada al solicitante para que proceda con corrección, en el término de dos (2) días, si no es corregida se procederá a su rechazo, expresamente indica la norma:

> *"**Artículo 12º.-** Corrección de la solicitud. Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación de la demanda el Juez de cumplimiento decidirá sobre su admisión o rechazo. **Si la solicitud careciere de alguno de los requisitos señalados en el artículo 10 se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de dos (2) días. Si no lo hiciere dentro de este término la demanda será rechazada**. En caso de que no aporte la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el inciso segundo del artículo 8, salvo que se trate de la excepción allí contemplada, el rechazo procederá de plano.*
>
> *Si la solicitud fuere verbal, el Juez procederá a corregirla en el acto con la información adicional que le proporcione el solicitante".*

Así entonces, y frente al silencio de la parte actora en relación a la corrección de los defectos del escrito introductorio, expresamente indicados en el proveído de 19 de enero, conforme con la norma procesal indicada, lo procedente es el rechazo de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión,

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR la demanda de cumplimiento presentada por el señor JOSÉ AMADO LÓPEZ MALAVER, en contra de la Superintendencia de industria y Comercio, la Policía Nacional y los 123 municipios del departamento de Boyacá.

SEGUNDO: Sin necesidad de desglose, devuélvase los anexos a la parte actora.

TERCERO: Cumplido lo anterior, archívese lo quede del expediente.

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
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 20 de hoy 08 FEB 2018
EL SECRETARIO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 07 FEB 2018

Demandante	Municipio de Muzo
Demandado	Concejo Municipal de Muzo
Expediente	15001-23-33-000-2018-00030-00.
Medio de control	Objeción proyecto de acuerdo.
Tema	Auto admite demanda.

I. ASUNTO

Ingresa el expediente al Despacho en atención a que mediante auto del 19 de enero de 2018 se había inadmitido la demanda por considerar que adolecía de algunos defectos (fl. 46).

Dentro del término concedido para ello, el apoderado demandante subsanó la demanda (fls. 48 - 49), por lo que se efectúa el estudio pertinente para decidir sobre la admisibilidad de la demanda de objeción del Acuerdo No. 035 de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Muzo, interpuesta por el Alcalde Municipal de dicho ente territorial.

II. CONSIDERACIONES

El Código de Régimen Municipal, Decreto Ley 1333 de 25 de abril de 1986, incorpora las normas constitucionales relativas a la organización y el funcionamiento de la administración municipal y se codifican las disposiciones legales vigentes sobre las mismas materias, cuyo objeto es dotar a los Municipios de un estatuto administrativo y fiscal que les permita, dentro de un régimen de autonomía, cumplir las funciones, prestar los servicios a su cargo, promover el desarrollo de sus territorios, el mejoramiento socio-cultural de sus habitantes, asegurar la participación afectiva de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local y propiciar la integración regional.

La Ley 136 de 1994, en sus artículos 78 y 80, hace referencia a las objeciones del alcalde municipal a los proyectos de acuerdo, así:

> *"**Artículo 78. Objeciones**. El alcalde puede objetar los proyectos de acuerdo aprobados por el Concejo por motivos de inconveniencia o por ser contrarios a la Constitución, la ley y las ordenanzas.*
>
> *El Alcalde dispone de cinco días para devolver con objeciones un proyecto de no más de veinte artículos, de diez días cuando el proyecto sea de veintiuno a cincuenta artículos y hasta de veinte días cuando el proyecto exceda cincuenta artículos.*

Si el Concejo no estuviere reunido, el alcalde está en la obligación de convocarlo en la semana siguiente a la fecha de las objeciones. Este período de sesiones no podrá ser superior a cinco días."

*"**Artículo 80. Objeciones de derecho**. Si las objeciones jurídicas no fueren acogidas, el alcalde enviará dentro de los diez días siguientes, el proyecto acompañado de una exposición de motivos de las objeciones al Tribunal Administrativo que tenga jurisdicción en el municipio. Si el Tribunal las considera fundadas, el proyecto se archivará. Si decidiere que son infundadas, el alcalde sancionará el proyecto dentro de los tres días siguientes al recibo de la comunicación respectiva. Si el Tribunal Considera parcialmente viciado el proyecto, así lo indicará al Concejo para que lo reconsidere.*

Cumplido éste trámite, el proyecto se remitirá de nuevo al Tribunal para fallo definitivo".

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 151 numeral 6, refiere sobre la competencia de los Tribunales Administrativo en única instancia, en casos de objeción de los alcaldes a los proyectos de acuerdo:

***Artículo 151. Competencia de los Tribunales Administrativos en única instancia.** Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:*
(...)
6. De las objeciones que formulen los alcaldes a los proyectos de acuerdos municipales o distritales, por ser contrarios al ordenamiento jurídico superior.
(...)".

De lo anterior se infiere que, de las objeciones que los alcaldes pueden hacer frente a los proyectos de Acuerdo, conocen los Tribunales Administrativos, siempre que los **proyectos de acuerdo se hayan discutido, aprobado** y que pasen al despacho del alcalde para su eventual sanción.

Conforme a lo expuesto, y revisado el expediente se observa que el proyecto de Acuerdo No 035 de 2017, fue debatido y aprobado en dos debates por el Concejo Municipal de Muzo (Fl 34) y radicado en el despacho del alcalde municipal el día 23 de noviembre de 2017 (Fl 49), quien lo objeto el 30 de noviembre de 2017 (Fls 35 a 38), por motivos de derecho, objeción que no fue acogida por el Concejo Municipal, según da cuenta el oficio de fecha 12 de diciembre de 2017 y radicado en la misma fecha ante el despacho de la alcaldía de Muzo (Fls. 39 a 43).

Posteriormente la demanda de objeción del proyecto de acuerdo se presentó en la oficina de reparto del Tribunal Administrativo de Boyacá, conforme el acta individual, el día 17 de enero de 2018 (Fl. 45).

Así la cosas, de conformidad con lo expuesto en el artículo 114 del Decreto 1333 de 1986 "Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal", que contempla:

> *"ARTICULO 114. El alcalde sancionará sin poder presentar nuevas objeciones el proyecto que reconsiderado por el Concejo fuere aprobado. Sin embargo, si el Concejo rechaza las objeciones por violación a la Constitución, la ley o la ordenanza, el proyecto será enviado por el alcalde al Tribunal Administrativo, dentro de los diez (10) días siguientes, 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), para que éste decida conforme al trámite señalado en el artículo 121 de este Código."*

Atendiendo la disposición transcrita y como quiera que el Decreto 01 de 1984 fue derogado por la Ley 1437 de 2011, los requisitos que debe contener el escrito que envía el Alcalde Municipal al Tribunal Administrativo de Boyacá, serán los señalados en el art. 162 de ésta última codificación, así:

> ***"Artículo 162. Contenido de la demanda.*** *Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:*
>
> *1. La designación de las partes y de sus representantes.*
>
> *2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. 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 (...)".*

Como la demanda se presentó por el alcalde municipal de Muzo, dentro de los diez (10) días siguientes al rechazo de las objeciones por parte del Concejo Municipal, acompañado de un escrito que contiene los requisitos señalados en los numerales 1 a 5 del **art. 162 del CPACA,** procede el Despacho con el trámite indicado para estos asuntos en art. 121 del Decreto Ley 1333 de 1986:

> ***Artículo 121º.-*** *Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:*
>
> *1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para*

defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.

3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al Despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno.

Por lo expuesto, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO: ADMÍTASE la demanda de objeción presentada por el Alcalde del Municipio de Muzo, contra el Acuerdo número 035 de 20 de noviembre de 2017, expedido por el Concejo de esa localidad.

SEGUNDO: Notifíquese personalmente la presente providencia al Ministerio Publico, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y el art. 171 No. 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Hecha 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 a**rtículo 121.**

Notifiquese, cúmplase

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

20