



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

Tunja, 01 de mayo 2013

Demandante	Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado	Departamento de Boyacá
Expediente	15001-23-33-000-2013-00475-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	Sentencia de primera instancia – accede parcialmente a pretensiones – reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantías

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adelantado a través de apoderado judicial por la señora **MYRIAM LILY SALINAS SIERRA**, contra el **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 a 23).

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora **MYRIAM LILY SALINAS SIERRA**, presentó demanda en contra del **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo del 11 de enero de 2013, mediante el cual se negó el pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías a que tiene derecho.

1.1. HECHOS

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

La demandante fue vinculada al Hospital San Salvador de Chiquinquirá el 1º de septiembre de 1974. Una vez retirada de la entidad, se procedió por el Departamento de Boyacá a efectuar la liquidación de los salarios, prestaciones sociales y demás haberes laborales adeudados hasta la fecha de retiro, indicando como deuda a su favor, la suma de \$38.176.867.



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Como deuda a favor del demandante por concepto de cesantías, se señaló la suma de \$10.124.174, suma que le fuera pagada el 23 de noviembre de 2009.

El 19 de diciembre de 2012, la demandante elevó una petición ante el Departamento de Boyacá con el fin de que se reconociera y pagara a su favor, la sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías, petición que le fue resuelta mediante acto del 11 de enero de 2013, notificado el 14 de enero siguiente.

La respuesta de la administración se enfocó de un lado en señalar que la demandante no interpuso recurso alguno contra el acto de reconocimiento de sus cesantías y que en el mismo quedó contenido que el pago de las mismas se haría una vez se suscribiera el convenio de concurrencia con el Ministerio de Hacienda.

La mora en el pago de los haberes laborales de la demandante le ha ocasionado diversos perjuicios, entre otros de índole moral, los cuales pusieron en peligro su estabilidad personal y familiar.

1.2. PRETENSIONES

La demandante solicitó lo siguiente:

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo del 11 de enero de 2013, notificado el 14 de enero de 2013, expedido por la Dirección Jurídica – Secretaría General del Departamento de Boyacá, mediante el cual se decidió negativamente su petición de pago de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías.
2. Que a título de restablecimiento se condene al demandado a reconocer y pagar a la demandante, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, de conformidad con la Ley 244 de 1995, sumas que deberán ajustarse de conformidad con el IPC.
3. Que se condene al Departamento de Boyacá a cancelar intereses reconocidos y establecidos de acuerdo a la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del C.P.A.C.A.
4. Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas del proceso.

Como pretensión subsidiaria, la parte demandante solicitó que en el evento de comprobarse que ella no pertenece al régimen retroactivo de cesantías sino al anualizado, se condene al Departamento de Boyacá a reconocer y pagar a su favor la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, concordante con el Decreto 1582 de 1998 por el pago tardío o extemporáneo de las cesantías.



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El demandante citó como normas violadas las siguientes: artículos 1, 2, 6, 25, 29, 42, 53, 58, 123, 124, 125 y 209 de la Constitución Política; Ley 244 de 1995; Ley 50 de 1990; Decreto 1582 de 1998 y Ley 1437 de 2011.

Al efecto, indicó que la falta de pago de la sanción moratoria a que tiene derecho la demandante, irrespeto sus derechos a la dignidad humana, el trabajo, el debido proceso y la vida, además de pasar por alto los fines del Estado y poner en riesgo a su familia.

Adujo que en general, el acto cuya nulidad se demanda, incurre en una desviación de poder por cuanto desconoce derechos de carácter laboral y de contenido económico sin que exista alguna causal para la demora en el pago de las cesantías.

Finalmente, que dicho acto es nulo por estar viciado de falsa motivación, toda vez que en su motivación, la administración se aleja de los cometidos estatales y desconoce normas de carácter nacional aplicables al caso particular.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado de la demanda y a través de apoderada, el Departamento de Boyacá contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la misma por considerar que las mismas carecen de fundamento y causa legal (fls. 158 a 178).

Como argumentos de su defensa planteó que dada la indefinición sobre la naturaleza jurídica del Hospital y sobre la condición del personal vinculado al mismo, el gobernador de Boyacá elevó consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual respondió mediante concepto del 23 de julio de 2004 indicando que se trata de empleados públicos que venían laborando en una entidad de derecho privado.

Señaló que pese a tener la naturaleza de servidores públicos, el Departamento de Boyacá no cuenta con una planta de personal habilitada en el Municipio de Chiquinquirá ni en el departamento de manera que ello permita la incorporación formal de estos servidores.

Indicó que ello hizo necesario efectuar la desvinculación de algunos empleados de la planta de cargos de la administración departamental, lo cual hizo posible adelantar las gestiones necesarias para reconocer y ordenar el pago de la deuda salarial y prestacional a que tienen derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales y demás condiciones de su vinculación, así como el reconocimiento y pago de la indemnización para los



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

empleados públicos de carrera que opten por esta, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

Señaló que mediante Convenio de Desempeño N° 00179 celebrado entre La Nación – Ministerio de la Protección Social y el Departamento de Boyacá, se fijaron las condiciones bajo las cuales el departamento se comprometió a implementar las acciones requeridas para ejecutar el plan de indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones del personal que prestó sus servicios en el hospital, y garantizar la destinación del crédito de presupuesto por la Nación.

Afirmó que una vez firmados los convenios de concurrencia con los Ministerios de Hacienda y de Protección Social, el Departamento de Boyacá reconoció y pagó a la demandante, los valores que le adeudaba, y de allí puede deducirse que los mismos le fueron cancelados con el reajuste del año 2004.

Refirió que es claro que la demandante no es ni ha sido empleada de la Gobernación de Boyacá y por tanto, la aplicación de la mora es improcedente, pues si bien, el departamento asumió algunos pagos de buena fe para no afectar a los empleados del hospital, no puede atribuírsele negligencia o responsabilidad, ya que se encontraba solucionando una situación que no era de su competencia.

Aseveró que la sanción moratoria no procede de pleno derecho sino que debe probarse la mala fe, situación que no sucede en este caso pues el Departamento de Boyacá actuó de forma diligente para conseguir los recursos necesarios para amparar las obligaciones contraídas por el hospital.

Indicó que el acto que se demanda no puede ser tenido en cuenta como un acto administrativo sino como uno de mero trámite pues en dicho oficio no se hace otra cosa que informar la decisión adoptada por la administración departamental, pero no contiene en sí mismo una decisión.

Concluyó que el Departamento de Boyacá no ha querido en forma alguna, atropellar los derechos de la demandante sino que actuó con lealtad al proteger los intereses de los trabajadores del hospital suscribiendo un convenio de concurrencia a fin de obtener los recursos necesarios para cumplir con los salarios de los trabajadores del Hospital San Salvador de Chiquinquirá.

Propuso como excepciones las siguientes:

- ***Caducidad de la acción:*** señaló que vistas las fechas de expedición del acto, así como las fechas en que se dio a conocer su contenido



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra

Demandado: Departamento de Boyacá

Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

mediante la notificación, se observa claramente que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caducó dado que transcurrieron más de 4 meses sin que se hubiese presentado la demanda.

- ***Falta de causa legal para iniciar la acción:*** señaló que tanto la desvinculación de la demandante, como la supresión de cargos y la reestructuración de la entidad, se hicieron con sujeción a las normas y preceptos legales, y no obedecieron a razones caprichosas o infundadas por parte de la Gobernación.
- ***Indebida acumulación de pretensiones:*** indicó que la demandante pretende que se ventile por la misma cuerda procesal el juicio de nulidad del oficio del 11 de enero de 2013 a través del cual se le da respuesta por parte de la administración departamental, con el acto originario de reconocimiento de las cesantías.
- ***El oficio objeto de la impugnación no constituye propiamente un acto administrativo:*** señaló que el acto que se demanda no puede ser tenido en cuenta como un acto administrativo sino como uno de mero trámite pues en dicho oficio no se hace otra cosa que informar la decisión adoptada por la administración departamental, pero no contiene en sí mismo una decisión.
- ***Falta de legitimación en la causa por pasiva - requisito de procedibilidad:*** señaló que del acto por medio del cual se nombró a la accionante, así como del acta de posesión y los documentos que componen su hoja de vida, se infiere que quien ostenta la calidad de empleador es el Hospital San Salvador de Chiquinquirá y no el Departamento de Boyacá.

Adujo que no está probada ni establecida la relación jurídica por la cual se llame al Departamento de Boyacá a responder y por tanto, las pretensiones de la demanda están llamadas a no prosperar pues deben invocarse en contra de quien funge realmente como empleador.

- ***Buena fe:*** señaló que el Departamento de Boyacá obró de buena fe, al punto que en la Resolución N° 0175 de 2004 le señaló a la demandante que una vez se suscribiera el convenio de concurrencia se realizarían los trámites necesarios para el pago.
- ***Inexistencia de la obligación:*** señaló que la demandante no acredita haber agotado trámite administrativo alguno para lograr la cancelación de dicha sanción, por lo que no puede automáticamente derivarse una sanción moratoria.



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

- **Prescripción de la acción:** señaló la sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto que ordena la liquidación de las cesantías definitivas y lo que pretende la demandante en este caso es revivir la oportunidad para presentar la demanda por la sanción moratoria.
- **Innominada o genérica.**

3. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

La demanda fue presentada para reparto el 11 de junio de 2013 (fl. 35), correspondiendo su conocimiento al Despacho de este Tribunal presidido por el doctor Luis Ernesto Arciniégas, el cual mediante proveído del 10 de octubre de 2013, dispuso remitir las diligencias a la jurisdicción ordinaria laboral a fin de que esta asumiera su conocimiento, por considerar que la competencia no radicada en esta jurisdicción contencioso administrativa (fls. 65 y 66).

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja, el cual, mediante auto del 27 de marzo de 2014 suscitó el conflicto negativo de competencias por considerar que tampoco resultaba competente para conocer del presente asunto, sino que la competencia radica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (fls. 111 a 114).

Dicho conflicto fue resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a través de auto del 26 de junio de 2014, asignando la competencia para conocer, a este Tribunal Administrativo (fls. 120 a 125).

Avocado el conocimiento del asunto, el Despacho de este Tribunal, dispuso admitir la demanda, lo cual se hizo mediante auto del 24 de marzo de 2015 (fls. 135 y 136).

Encontrándose el proceso para evacuar la notificación de la demanda a la parte demandada, mediante auto del 11 de mayo de 2015 se dispuso su remisión a la Oficina de Reparto a fin de que distribuyera el trámite entre los Despachos 704 y 705 de Descongestión, lo cual se hizo en virtud del Acuerdo PSAA15-10335 del 29 de abril de 2015 (fl. 141), correspondiendo su conocimiento al despacho N° 705 Mixto Oral de Descongestión, el cual avocó su conocimiento mediante auto del 26 de junio de 2015 (fl. 144).

La notificación personal de la demanda a la demandada y demás intervinientes se surtió el 1° de julio del 2015 (fls. 145 a 147).

En consecuencia, el traslado de la demanda vencía el 21 de septiembre de 2015, término dentro del cual, la parte demandada contestó la demanda (fls. 158 a 179).



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

El término de traslado de las excepciones propuestas se corrió entre el 29 de octubre de 2015 y el 3 de noviembre de 2015 (fl. 330), vencido el cual, ante la supresión de los Despachos N° 704 y 705 de Descongestión, se dispuso el envío de las diligencias al despacho presidido por el ponente de esta decisión para continuar con el trámite del proceso.

Una vez se avocó conocimiento de las diligencias (fl. 336), se dispuso fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A (fl. 351), la cual fue celebrada el 24 de agosto de 2016 (fls. 362 a 364).

La audiencia de pruebas se llevó a cabo los días 21 de septiembre de 2016, (fls. 385 a 387) y 7 de julio de 2017 (fls. 416 a 418) y se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones finales (fl. 419).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado para alegar entre el 10 y el 24 de julio de 2017 (fl. 419), las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

4.1. Parte demandante:

Presentó alegaciones solicitando se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda (fls. 425 a 429).

Aseveró que en el plenario quedó demostrado que el Departamento de Boyacá efectuó el pago tardío de las cesantías de la demandante y por tanto, no existe duda que está obligado a reconocer y pagar a favor de ella, la sanción de que trata la Ley 244 de 1995.

Se refirió a la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada y señaló que la forma en que esta la sustentara en su momento, da lugar a pensar que lo que pretendía atacar era el tiempo con que contaba la demandante para ejercer su derecho de acción, más no a atacar al derecho como tal.

Resaltó que en este caso, no puede este tribunal declarar oficiosamente la excepción de prescripción cuando fue sustentada en forma indebida, pues el Código Civil señala que ello no procede de oficio.

Aseveró que esta sanción no puede ni debe tener término de prescripción en atención al principio de favorabilidad, pues se trata de una sanción consagrada a favor del trabajador que queda cesante en su vida laboral, y si en algún momento debiera aplicársele sanción alguna, no sería otra que la que prevé el derecho sancionatorio de la Ley 610 de 2000 por el transcurso del lapso de 5 años, pues se trata de una sanción y no de una prestación social.



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Por último, resaltó que la Ley 244 de 1995 no contempla ninguna prescripción para esta sanción y que al tratarse de un asunto de carácter labora, deben primar los principios y derechos que se han consagrado en esta materia.

4.2. Parte demandada:

Presentó alegaciones solicitando se declare la prosperidad de la excepción de prescripción por considerar que en el presente caso, a la demandante se le reconocieron las cesantías mediante la Resolución N° 0175 de 2004 y de acuerdo con las normas aplicables al caso, la administración contaba con 45 días hábiles para efectuar dicho pago (fls. 421 a 424).

Adujo que el tiempo transcurrido desde el día en que quedó en firme el acto de reconocimiento de las cesantías y el pago efectivo de las cesantías superó los 3 años a que se refiere la ley y dado que la sanción moratoria se causa día a día, cada una de ellas va prescribiendo de forma independiente.

Sostuvo que como la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria fue elevada el 19 de diciembre de 2012, los días causados con anterioridad al 19 de diciembre de 2009 se encuentran prescritos y en ese orden, la sanción reclamada por la parte demandante, está prescrita.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

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

- ¿Asiste el derecho subjetivo a la demandante, MYRIAM LILY SALINSA SIERRA, vinculada entre el 1 de septiembre de 1974 y el 21 de noviembre de 2004, como auxiliar de enfermería en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, al reconocimiento y pago de indemnización moratoria por pago extemporáneo de cesantías?
- ¿Cuáles son las normas aplicables en materia de reconocimiento y pago de indemnización moratoria por pago extemporáneo de cesantías en atención al vínculo de la demandante?

2. TESIS DEL CASO SUB EXAMINE

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



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra

Demandado: Departamento de Boyacá

Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

2.1. Tesis argumentativa de la parte demandante

Considera que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, por cuanto en el proceso quedó demostrado que el Departamento de Boyacá efectuó el pago tardío de su auxilio de cesantías, pero a tal pago no puede aplicársele la prescripción de derechos, como quiera que no se trata de una prestación social, sino de una sanción impuesta por la ley en contra del empleador moroso y a favor del trabajador, por lo que debe darse aplicación a los principios del derecho laboral, en especial, el principio de favorabilidad.

2.2. Tesis argumentativa de la parte demandada

Considera que la demandante no tiene derecho alguno al pago de la sanción moratoria reclamada por cuanto el Departamento de Boyacá actuó de buena fe al indicarle que el pago de su auxilio de cesantías se haría una vez se suscribiera el convenio de cofinanciación con los Ministerios de Hacienda y de Protección Social, como finalmente se hizo.

Adujo que en todo caso, de tener derecho al pago de dicha sanción, el mismo no está a cargo del Departamento de Boyacá puesto que el vínculo laboral de la demandante fue con el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, y en gracia de discusión, frente a tal sanción ya operó el fenómeno de la prescripción.

2.3. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala declarará la nulidad del Oficio de fecha 11 de enero de 2013, suscrito por el director jurídico de la Gobernación de Boyacá, por medio del cual negó a la demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantías por considerar que se encuentra demostrado el retardo de la administración en efectuar los pagos correspondientes al auxilio definitivo de cesantías del señor en cuestión.

No obstante, dirá que se encuentran prescritos los periodos correspondientes a la sanción moratoria entre el 1° de agosto de 2005 y el 18 de diciembre de 2009, por lo que accederá al reconocimiento de la sanción por los periodos comprendidos entre el 19 de diciembre de 2009 y el 29 de diciembre de 2009.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: *i)* De la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, *ii)* del pago condicionado a la existencia de apropiación presupuestal y a la existencia de un convenio con el Ministerio de Protección Social, y, *iii)* el caso concreto.



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

3. DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO OPORTUNO DEL AUXILIO DE CESANTÍAS

El auxilio de cesantías definitivo ha sido entendido por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, como una prestación social de carácter especial que se constituye en un ahorro forzado para el trabajador, para atender sus necesidades en caso de quedar cesante, prestación que se debe pagar al empleado al finalizar la relación laboral, y es por ésta razón que el legislador ha ideado mecanismos para garantizar que al servidor público cuyo vínculo laboral se da por terminado, se le paguen las cesantías a las que tiene derecho de forma oportuna y sin dilaciones por parte de la administración.

En el contexto anterior surgió la Ley 244 de 1995, que estableció el procedimiento que debe adelantar la administración a efectos de liquidar el auxilio de cesantías definitivo. En efecto, el artículo primero ibídem establece:

“Artículo 1º. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo” (Destacado por la Sala).

Así, el artículo 2º de la referida ley, establece que una vez proferida la resolución de liquidación del auxilio de cesantías, el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

“Artículo 2º. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.” (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, en el evento en que la administración incumpla los términos antes referidos, el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, consagra la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías definitivo, en los siguientes términos:

“Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad. N° 25000-23-25-000-2011-00622-01(1674-13), C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.” (Destacado de la Sala).

Posteriormente, la Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, extendiendo la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías no solamente a las definitivas sino también a las cesantías parciales, dejando incólume los términos con que cuenta la entidad a efectos del reconocimiento y pago de dicha prestación, tal como se observa a continuación:

“Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, **la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente,** si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo” (Destacado de la Sala).

“Artículo 5. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”

(Destacado de la Sala)

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 27 de marzo de 2007, precisó el momento a partir del cual se debe contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías bien sea parciales como definitivas, en los siguientes términos:

“(…) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

(...)

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (...)²

(Destacado de la Sala)

El anterior criterio fue reiterado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 14 de diciembre de 2015³, en la cual indicó:

“(...) Bajo tal entendimiento, la Sala⁴ ha venido reiterando que en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción (...)”.

(Destacado de la Sala)

En síntesis, el pronunciamiento tardío de la entidad en relación con la solicitud de pago del auxilio de cesantías ya sea definitivo o parcial, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, y en tal caso, **la sanción se contabilizará a partir de la fecha de la solicitud**, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo.

4. PAGO CONDICIONADO A LA EXISTENCIA DE APROPIACIÓN PRESUPUESTAL Y A LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO CON EL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL

Sea lo primero señalar que existe una clara línea jurisprudencial conforme a la cual, **el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías no puede someterse a la existencia de apropiaciones presupuestales, puesto que tales prestaciones corresponden a derechos constitucionales**

² Sentencia de 27 de marzo de 2007, Exp. No. 760012331000200002513 01. (2777-2004), C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 14 de diciembre de 2015, Rad. N° 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve

⁴ Sentencias del 28 de enero de 2010, No. Interno: 2266-08, y 28 de junio de 2012 No. 1682-2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, entre otras.



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

fundamentales de los trabajadores y su condicionamiento es contrario a los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución. Así por ejemplo, se encuentran las Sentencias C-428 de 1997, T-228 de 1997, T-419 de 1997 y C-006 de 2012.

Sobre este asunto, en la sentencia C-006 de 2012 acabada de citar, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 38 de la Ley 1420 de 2010 considerando lo siguiente:

*“...Si bien las operaciones de pago de las cesantías parciales deben efectuarse en todo caso en el marco de los presupuestos públicos correspondientes, **el reconocimiento, liquidación y pago de tales prestaciones no pueden estar sujetos ni condicionados a que existan recursos para apropiar en las partidas correspondientes**, ya que tal condicionamiento es contrario a los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Política, entre otros. En últimas, nota la Corte que esta perspectiva es coherente con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, reformado por el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2011 “por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”. En el párrafo de dicho artículo se consagra “[a]l interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”. La voluntad del Constituyente fue, a este respecto, clara y manifiesta: otorgar una prevalencia clara a los derechos fundamentales, **que incluyen el derecho al cumplimiento de los fallos judiciales, acuerdos conciliatorios y derechos laborales mínimos como las cesantías parciales, por encima de las consideraciones de disponibilidad de recursos, los cálculos de costo y beneficio o las razones de sostenibilidad fiscal, ya que la sostenibilidad fiscal es importante como criterio para avanzar en los derechos, pero no para obstaculizar su protección...**”*

Ahora bien, se tiene que la razón aducida por el Departamento de Boyacá en casos como el que ocupa la atención de la Sala, para excusar la falta de pago oportuno del auxilio de cesantías, tiene relación con la existencia de un contrato de concurrencia numerado 001 de 2007, el cual fuera suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Boyacá, el Municipio de Chiquinquirá y el Hospital San Salvador de Chiquinquirá.

Del mismo se colige que fue suscrito con fundamento en lo dispuesto por las Leyes 60 de 1993 en su artículo 33, y, 100 de 1993 en su artículo 242 y tuvo como objeto la distribución de los recursos del Fondo de Pasivo Prestacional del Sector Salud y su objeto, según la cláusula primera, fue determinar la concurrencia económica de cada entidad en el pasivo prestacional por concepto de cesantías y pensiones causado a 31 de diciembre de 1993.

En relación con la entidad que resulta obligada en virtud de este tipo de convenios, la Corte Constitucional en la Sentencia T-620 de 2007 señaló:

“...Al respecto en materia pensional la Corte Constitucional en Sentencia T-136 de 2006, estudiando el tema de la responsabilidad de las entidades de salud, de la Nación y de las entidades territoriales (Departamento de



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

*Santander), consideró que al existir un convenio de concurrencia en el marco de la Ley 60 de 1993 y de la Ley 715 de 2001, le correspondía a estas tres entidades concurrir al financiamiento de la deuda por este concepto. De lo cual podemos concluir a contrario sensu que **ante la inexistencia de un convenio en este sentido la persona obligada debe ser el último empleador, es decir la entidad de salud correspondiente, que de acuerdo con el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 debía seguir pagando y presupuestando estas sumas de dinero a sus trabajadores.*** Resaltado fuera de texto.

Por su parte el Consejo de Estado⁵ señaló *“que habiéndose dispuesto el presupuesto por parte las entidades concurrentes, para efecto del pago de las obligaciones prestacionales de los empleados desvinculados del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, estas debían pagarse en forma oportuna de modo que si la desvinculación de la demandante se produjo a finales del año 2004, la entidad a cargo del pago de sus prestaciones sociales definitivas, debió consignarlas dentro del término previsto en la ley y no exceder, en la forma en que lo hizo, por más de 3 años.”*

En conclusión, la inexistencia de apropiación presupuestal y de un convenio con el Ministerio de Protección Social no es razón que exonere a la entidad demandada del pago de la sanción moratoria pretendida puesto que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías no puede someterse a la existencia de apropiaciones presupuestales toda vez que tales prestaciones corresponden a derechos constitucionales fundamentales de los trabajadores cuyo condicionamiento es contrario a los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Política.

5. LOS ELEMENTOS PROBATORIOS

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

- Copia de la Resolución N° 202 del 14 de octubre de 1974, por medio de la cual, el director del Hospital San Salvador de Chiquinquirá nombró a la señora Myriam Lily Salinas Sierra como ayudante de enfermería y acta de posesión de la misma fecha (fls. 180 y 190).
- Copia del oficio del 19 de noviembre de 2004 por medio del cual el secretario general de la Gobernación de Boyacá informó a la demandante la terminación de su vinculación legal y reglamentaria con el hospital (fl. 263).
- Copia de la Resolución N° 0175 del 25 de noviembre de 2004 por medio de la cual, la Gobernación de Boyacá ordenó el pago de sueldos y prestaciones sociales adeudados a la demandante con ocasión a su retiro de la administración (fls. 50 a 53).

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A”, sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad. N° 15001 23 33 000 2012 00212 01 (3120-13), C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

- Copia de la Resolución N° 0110 del 5 de marzo de 2005 por medio de la cual, el secretario general de la Gobernación de Boyacá resolvió el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la Resolución N° 0175 del 25 de noviembre de 2004, confirmándola en todas sus partes (fls. 54 a 57).
- Copia de la Resolución N° 00128 del 16 de mayo de 2005 por medio de la cual, la Gobernación de Boyacá rechazó de plano el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la Resolución N° 0175 del 25 de noviembre de 2004 (fls. 58 y 59).
- Copia de la Resolución N° 00591 del 19 de noviembre de 2009, por medio de la cual, la Gobernación de Boyacá ordenó el pago por concepto de reajuste de cesantías a favor de la demandante por la suma de \$2.134.255 (fl. 63).
- Oficio 001103 del 11 de enero de 2013, por medio del cual, el director jurídico de la Gobernación de Boyacá resolvió negativamente la solicitud de la parte demandante en el sentido de que se le cancele la sanción moratoria por pago extemporáneo del auxilio de cesantías (fls. 24 y 25).
- Copia de contrato de concurrencia N° 001 de 2007, suscrito entre la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Boyacá, el Municipio de Chiquinquirá y el Hospital San Salvador de Chiquinquirá (fls. 316 a 319).
- Copia del Convenio de desempeño N° 00179 para la reorganización, rediseño y modernización de las redes de prestación de servicios de salud, suscrito entre el Departamento de Boyacá y el Ministerio de la Protección Social (fls. 308 a 315).
- Oficio del 7 de septiembre de 2016 suscrito por la tesorera general del Departamento de Boyacá, por medio del cual se certifica que a la demandante se le efectuó un pago por concepto de cesantías y por la suma de \$10.124.174, el 10 de julio de 2008 (fl. 382), anexando planilla de pagos (fl. 383).
- Certificación expedida por la tesorera general del Departamento de Boyacá, en la cual se hace constar que mediante comprobante de egreso 15113 del 28 de diciembre de 2009 se realizó a la demandante el pago del reajuste de cesantías por valor de \$2.134.255, suma que fue consignada el 30 de diciembre de 2009 (fls. 440 a 443).

6. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, sea lo primero señalar que según se infiere de las probanzas allegadas por las partes, la señora Myriam Lily Salinas Sierra estuvo vinculada al Hospital San Salvador de Chiquinquirá desde el 14



Demandante: Myriam Lili Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

de octubre de 1974 hasta el 21 de noviembre de 2004 (fls. 53, 180, 190 y 263).

En relación con la naturaleza jurídica del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, se tiene que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto del 23 de julio de 2004⁶, al abordar dicho aspecto, así como la calidad legal de los trabajadores del hospital y si las prestaciones sociales de los trabajadores podían pagarse mediante dación en pago con las instalaciones, enseres y cesión de los derechos de posesión, concluyó lo siguiente:

“1.El Hospital San Salvador de Chiquinquirá es una institución de naturaleza privada que en virtud de la organización del Sistema Nacional de Salud, recibió aportes del Estado para su sostenimiento, los que se utilizaron en el pago de los salarios de sus servidores (recurso humano), y en la construcción y/o adecuación de su infraestructura, dotación de recursos técnicos y financieros.

2. Las personas que han venido laborando en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá son, en su gran mayoría, empleados públicos y, por ende, tienen todos los derechos que la ley les reconoce por su calidad de tales, sin perjuicio naturalmente de que al estudiar las situaciones individuales se encuentren servidores vinculados por contrato de trabajo bajo las disposiciones de la ley 10ª de 1990 y

3. La figura jurídica de la dación en pago, aunque es un mecanismo general apto para extinguir las obligaciones, no representa una alternativa viable en este caso dado el carácter público de los bienes que integran el patrimonio o los recursos del Hospital, sobre los cuales no se tiene libre disposición”.

En virtud de dicho concepto, mediante oficio del 20 de diciembre de 2004, el secretario general de la Gobernación de Boyacá dirigió a la demandante el oficio del 19 de noviembre de 2004 manifestándole la decisión de desvincularla del servicio, en los siguientes términos (fls. 263 y 264):

“Teniendo en cuenta lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de estado en concepto 1.585 del 23 de Julio de 2004, por medio del presente escrito le comunicamos que mediante Decreto número 1370 del 19 de Noviembre de 2004, expedido por el Gobernador de Boyacá, se decretó terminar su relación legal y reglamentaria con el Departamento de Boyacá y su consecuencial desvinculación de la Administración Departamental, habida consideración que venía laborando en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, entidad de naturaleza jurídica privada (...).”

Una vez terminada la relación laboral de la demandante, el Departamento de Boyacá a través de su secretario general expidió la Resolución No. 175 del 25 de noviembre de 2004 mediante la cual reconoció a su favor, los salarios y prestaciones sociales adeudados y entre las sumas debidas, se liquidaron \$10.124.174 por concepto de auxilio de cesantías (fls. 50 a 53).

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto No. 1585 de 23 de julio de 2004, M.P. Dra. Susana Montes de Echeverri.



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Contra dicho acto, la demandante interpuso el recurso de reposición que fuere resuelto mediante la Resolución No. 0110 del 5 de marzo de 2005, confirmando en todas sus partes el acto recurrido (fls. 54 a 57).

El monto de cesantías reconocido mediante el acto acabado de citar, fue pagado a la cuenta de ahorros de la demandante el 10 de julio de 2008, según consta en la planilla de histórico de pagos, allegado por la tesorera general del Departamento de Boyacá mediante oficio del 7 de septiembre de 2016 (fls. 382 y 383).

Posteriormente, mediante la Resolución No. 00591 del 19 de noviembre de 2009 se reconoció un reajuste por valor de cesantías a favor de la demandante por valor de \$2.134.255, suma que fue cancelada el 30 de diciembre de 2009 (fls. 440 a 443).

El 19 de diciembre de 2012, la demandante radicó ante la Gobernación de Boyacá, solicitud tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria causada por el pago extemporáneo de sus cesantías (fls. 26 a 28), solicitud que le fue resuelta negativamente mediante el oficio N° 001106 del 11 de enero de 2013 (fls. 24 y 25).

Como se señaló líneas atrás, los artículos 1° y 2° de la Ley 244 de 1995 indican que dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, y, a partir de la fecha en que quede en firme el acto, la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, para cancelar el monto que resultare por tal concepto.

En igual sentido, señala la norma que en caso de mora en el pago de las cesantías, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.

En este punto, valga precisar que a folios 242, 246 y 247 obran formato de vinculación del Fondo de Cesantías Colfondos, así como copia de la Resolución N° 914 del 29 de junio de 2000, por medio de la cual, el interventor del Hospital San Salvador de Chiquinquirá autoriza a Colfondos, el pago de la suma de \$21.000.000 por concepto de cesantías parciales a favor de la demandante.

Al respecto, si bien en principio podría pensarse que dichos documentos denotan que la demandante se encontraba vinculada al régimen anualizado de cesantías, considera la Sala que los mismos no constituyen plena prueba de tal situación como quiera que de un lado



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

no se tiene certeza de que la demandante haya manifestado su voluntad de efectuar el cambio de régimen de cesantías, y de otro lado, al momento de liquidarse las cesantías parciales, no se indicó que la señora en cuestión perteneciera al régimen anualizado de cesantías.

De otro lado, si se examina el contenido de la Resolución N° 0175 de 2004 por la cual se reconoce y ordena el pago de salarios y prestaciones sociales, el auxilio de cesantías correspondiente a la señora Myriam Lily Salinas se liquidó tomando como base el último salario devengado por ella a la fecha de desvinculación de la entidad (año 2004) y por la totalidad del tiempo transcurrido entre su vinculación a la entidad en el año 1973 y su retiro en el año 2004, más no se efectuó una liquidación anualizada.

Adicionalmente a lo anterior, debe resaltarse que el régimen aplicable a la liquidación del auxilio de cesantías de la demandante no fue objeto de debate en este proceso, como tampoco al momento de notificársele a la demandante la liquidación definitiva, tanto así que la sanción moratoria cuya aplicación se solicita es la dispuesta en la Ley 244 de 1995; es decir, la prevista para el pago tardío de cesantías en el régimen retroactivo, por lo que a efectos de determinar si le asiste a la demandante el derecho al pago de la sanción moratoria solicitada, se le tendrá como beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías.

Esclarecido lo anterior, se observa que en el presente caso, si bien, la demandada reconoció a la demandante las cesantías mediante Resolución No. 0175 del 25 de noviembre de 2004, tan solo realizó el pago de las mismas hasta el 10 de julio de 2008 y el reajuste se canceló el 30 de diciembre de 2009, respectivamente, siendo que el término para ello vencía el 1 de agosto de 2005⁷.

En consecuencia, debe señalarse que el pago del valor correspondiente al auxilio de cesantías se hizo más allá del término de los 45 días que consagra la norma para que se entienda realizado en forma oportuna, situación que impone a cargo de la entidad, la obligación de reconocer y pagar la sanción moratoria por el pago tardío de las mismas, sanción que surge por el solo hecho de la demora en el pago, sin que sea necesario demostrar mala fe de la entidad.

Ahora bien, la Ley 244 de 1995 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por el pago inoportuno de una diferencia de cesantías o de reliquidación de las mismas, sino por el pago inoportuno del auxilio de cesantías, bien sean parciales o definitivas,

⁷ Vencimiento de los 45 días siguientes a la fecha de notificación al demandante, de la Resolución N° 0128 del 16 de mayo de 2005 por medio de la cual se rechazó el recurso de apelación contra la Resolución N° 0175 del 25 de noviembre de 2005 (fl. 59 vto).



454

Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

lo cual resulta importante en el presente caso, dado que como se señaló anteriormente, mediante la Resolución N° 00591 del 19 de noviembre de 2009 se liquidó a favor de la demandante, la suma de \$2.134.255 por concepto de reajuste de las cesantías.

Establecido como está que, en efecto, la entidad demandada efectuó un pago tardío del auxilio de cesantías que fuera liquidado a favor de la señora Myriam Lily Salinas Sierra, debe examinarse si la sanción moratoria se suspendió con el pago efectuado el 10 de julio de 2008 o si, por el contrario, ella se mantuvo hasta tanto se pagó totalmente la prestación el 30 de diciembre de 2009.

Al efecto, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, el pago incompleto no extingue la obligación, como se sigue:

“...Para la Sala resulta claro entonces que ante la injustificada omisión de la Administración para reconocer el saldo de esas cesantías, los términos de la Ley 244 de 1995, deben contarse a partir del acto que las liquidó incompletas (Resolución No. 673 de 9 de julio de 1996), para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción “

En consecuencia, la sanción moratoria debe correr desde el día siguiente al vencimiento de los 45 días siguientes a la ejecutoria del acto que las liquidó incompletas, que para el presente caso venció el **1° de agosto de 2005, hasta que el derecho fue satisfecho en virtud del pago total; es decir, hasta el 30 de diciembre de 2009.**

Ahora bien, se tiene que al contestar la demanda, el Departamento de Boyacá señaló estar exento de reconocer y pagar a favor de la demandante, la sanción moratoria solicitada por ella, por cuanto no mantuvo ninguna relación laboral con la señora Myriam Lily Salinas Sierra.

En este asunto, y para responder a tal planteamiento, por tratarse de un caso igual al que aquí se resuelve, la Sala hace suyos los lineamientos expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de octubre de 2014, así:

“La entidad pretende eximirse de la responsabilidad en el pago de la sanción aludida, por el hecho de que no mantuvo ninguna relación laboral con la demandante, pues su servicio fue prestado en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá y la obligación a cargo del departamento para el pago de la prestación se originó en la decisión de asumir ciertos pagos a favor de los empleados del citado Hospital con el fin de que no se vieran perjudicados a causa de la liquidación de dicha institución.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “B” Consejero, sentencia del 7 de septiembre de 2006, Rad. N° 08001-23-31-000- 98-0198-01(3499-01), C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado; sentencia de la Subsección “A” sentencia del 21 de octubre de 2010, Rad. N° 08001-23-31-000-1999-01207-01(1912-08), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



Demandante: Myriam Lily Sainas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Al respecto, es oportuno señalar que el Ministerio de la Protección Social y el departamento de Boyacá en el año 2004 suscribieron el convenio de desempeño para la ejecución del programa de reorganización, rediseño y modernización de la red de prestación de servicios de salud y en el párrafo de la cláusula segunda se determinó que los recursos otorgados por el Ministerio de Hacienda en la adición presupuestal para el 2004, sería empleados para pagar las indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones del personal a quien se le suprimieran los cargos a causa de tal convenio.

El citado convenio fue modificado el 14 de diciembre de 2005¹² y en dicha modificación se incluyó al Hospital San Salvador de Chiquinquirá como institución prestadora del servicio objeto del referido contrato y en el párrafo de la cláusula cuarta, se señaló:

"Para continuar la ejecución del plan de indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones del personal que prestó sus servicios en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, se incluyen recursos desagregados por fuentes de financiación, por valor total de TRES MIL MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.000) moneda legal colombiana..."

Lo anterior implica que habiéndose dispuesto el presupuesto por parte de las entidades concurrentes, para efecto del pago de las obligaciones prestacionales de los empleados desvinculados del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, estas debían pagarse en forma oportuna de modo que si la desvinculación de la demandante se produjo a finales del año 2004, la entidad a cargo del pago de sus prestaciones sociales definitivas, debió consignarlas dentro del término previsto en la ley y no exceder, en la forma en que lo hizo, por más de 3 años para el pago de las cesantías y otro año y medio más para el pago del reajuste de las mismas, so pena de hacerse acreedor a la sanción establecida en la ley.

Además, el argumento de que el pago de la obligación estaba sujeto a la apropiación presupuestal correspondiente no es óbice para que la demora en el trámite de ella, llegue a redundar en perjuicio del trabajador, pues por ello se consagran términos preentorrios para el reconocimiento y pago de las cesantías y se determina la sanción correspondiente en el evento de que la administración los sobrepase, sin perjuicio de que tal demora fuese consecuencia del trámite para la obtención de los recursos necesarios para el pago (*sic a todo*)."

Del anterior estudio se colige que en efecto, para el momento en que se efectuó el pago total del auxilio de cesantías a la demandante, lo cual se hizo el 30 de diciembre de 2009, ya había transcurrido un lapso superior al de los 45 días de que trata la norma como plazo para cancelar el valor reconocido por tal concepto, el cual venció el 1º de agosto de 2005, por lo que le asiste el derecho a la demandante, al pago reclamado por concepto de sanción moratoria equivalente a un día de salario por día de retardo.

No obstante, dado que el pago total de las cesantías se produjo el 30 de diciembre de 2009, en atención a lo expuesto por el Consejo de Estado en providencia anteriormente citada, será esta la fecha que debe tenerse como límite a efectos de contabilizar el término hasta el cual debería pagarse la sanción moratoria reclamada, la cual en consecuencia, se causó entre el **2 de agosto de 2005 y el 29 de diciembre de 2009.**



455

Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Así mismo, dado que el Departamento de Boyacá fue el ente encargado del reconocimiento de las prestaciones sociales que resultaren a favor de la demandante, su pago debió hacerse de forma oportuna, más aun cuando en la Resolución N° 0175 de 2004, por medio de la cual se reconocieran estas, dicho ente expresó: *“Que existen las apropiaciones presupuestales y los recursos necesarios para el pago de la deuda laboral antes mencionada”*.

Así entonces, se resalta que la inexistencia de apropiación presupuestal y de un convenio con el Ministerio de Protección Social no es razón que exonere a la entidad demandada del pago de la sanción moratoria pretendida, y que partiendo de la presunción de legalidad y veracidad de los actos administrativos por los cuales se reconoció el auxilio de cesantías, no puede desconocerse que la entidad demandada contaba con los recursos necesarios para el pago de las cesantías.

En consecuencia, resulta dable acceder a la solicitud de declaratoria de nulidad del acto demandado por cuanto el mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de la demandante, sanción a la que como se acaba de analizar, le asiste derecho.

No obstante, en virtud de lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, criterio que fuera acogido por el Consejo de Estado en sentencia del 10 de febrero de 2011⁹, se negará la pretensión tercera de la demanda referente a la indexación de las sumas que resultaren, pues la sanción moratoria no persigue la protección del poder adquisitivo del haber del trabajador, sino una pena en contra de la entidad incumplida.

En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-448 de 1996 al examinar la constitucionalidad del parágrafo transitorio del artículo 3º de la Ley 244 de 1995 señaló que en materia de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías no cabe la indexación en tanto *“...la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, **no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación**, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.”*

Finalmente y en virtud de la prosperidad de las pretensiones en cita, se declararán no probadas las excepciones de falta de causa legal para iniciar la acción, buena fe e inexistencia de la obligación, propuestas por la entidad demandada.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2011, Rad. N° 08001-23-31-000-2005-02156-01(0910-10), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

7. PRESCRIPCIÓN

Sobre la prescripción en materia de sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, debe señalarse que ha sido criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado que ella ocurre cuando trascurren tres años desde cuando el derecho se ha hecho exigible, en términos de lo previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Al respecto en sentencia del 1º de julio de 2009¹⁰, se expuso lo siguiente:

*“De conformidad con la normatividad que se analiza, la demandante contaba con tres (3) años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de su cesantía definitiva, **el cual debió contar a partir de su causación hasta la fecha en que le fueron efectivamente canceladas**, so pena que le prescribiera su derecho a reclamar la renombrada sanción...”*

De igual forma, en sentencia del 22 de enero de 2015¹¹, el Consejo de Estado señaló:

“Debe señalarse que la prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente:

“(...) Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. (...)”

(...)

Lo anterior le permite a la Sala concluir, dando respuesta al primer problema jurídico, que el no pago de la reliquidación de las cesantías reconocidas por la Contraloría Distrital de Barranquilla a favor del demandante por medio de la Resolución No. 0181 de 17 de mayo de 2005, conllevó a que la entidad demandada se hiciese acreedora del pago de la sanción moratoria; lo anterior, porque de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, es responsabilidad de las entidades públicas pagadoras, cancelar al titular del derecho, una sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora a causa del incumplimiento del término de 45 días hábiles para el pago de las cesantías reconocidas.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que el presente caso el demandante solicitó a la Contraloría Distrital de Barranquilla el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías el 22 de febrero de 2012, se puede concluir, que la sanción que hubiere podido causarse antes del 22 de febrero de 2009 se encuentra prescrita de acuerdo con las normas transcritas anteriormente.”

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1º de julio de 2009, Rad. No. 08001-2331-000-2005-01994-01 (2624-07), C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 22 de enero de 2015, Rad. N° 080012333000201200045 01-(0062-2014-), C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



456

Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Como se señaló en precedencia, en efecto, la demandante tenía el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, en los términos de la Ley 244 de 1995, teniendo como fechas de causación de dicha sanción, el **2 de agosto de 2005 y el 29 de diciembre de 2009.**

Por consiguiente, una vez vencido el término de los 45 días con los que contaba la administración departamental para efectuar el pago del auxilio de cesantías, lo cual, según se señaló, ocurrió el 1º de agosto de 2005, la demandante estaba en su derecho de solicitar a la administración, el reconocimiento y pago de tal sanción correspondiente al pago de un día de salario por cada día de retardo.

Ahora bien, en el presente caso se observa que la petición para el reconocimiento de la sanción moratoria fue presentada por la demandante el 19 de diciembre de 2012, fecha a partir de la cual se interrumpió el término prescriptivo de los 3 años.

En consecuencia, debe señalarse que los periodos diarios de sanción, anteriores al 19 de diciembre de 2009 han prescrito. Por tanto, únicamente se reconocerán los causados desde el 19 de diciembre de 2009 y hasta el 29 de diciembre de 2009. En conclusión, **la excepción propuesta, prospera parcialmente.**

8. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto anteriormente, la Sala declarará la nulidad del Oficio N° 00116 de fecha 11 de enero de 2013, suscrito por el director jurídico de la Gobernación de Boyacá, por medio del cual negó a la demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantías y en su lugar accederá al reconocimiento de dicha sanción ordenando a la entidad demandada que efectúe el pago de la misma por los periodos comprendidos entre el 19 y el 29 de diciembre de 2009.

Ahora bien, como quiera que de los documentos obrantes en el plenario no resulta diáfano el monto de la asignación mensual percibida por la demandante para el momento de su retiro, la Sala se abstendrá de efectuar la liquidación del valor que correspondería a la señora Myriam Lily Salinas Sierra por la sanción moratoria aquí reconocida, de modo que dicho monto deberá ser liquidado por el ente demandado de conformidad con la asignación básica correspondiente.

9. COSTAS

En cuanto a las costas en esta instancia, es preciso decir que no hay lugar a condenar a ninguno de los sujetos procesales, por cuanto las pretensiones de



Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

la demanda prosperaron parcialmente, razón por la cual se dará aplicación a lo previsto en el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P. que establece *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de falta de causa legal para iniciar la acción, buena fe, e inexistencia de la obligación propuestas por el Departamento de Boyacá.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por el Departamento de Boyacá, por el período comprendido entre el 1º de agosto de 2005 y el 18 de diciembre de 2009.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del Oficio N° 001106 de fecha 11 de enero de 2013 suscrito por el director jurídico del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de cesantías, a la señora MYRIAM LILY SALINAS SIERRA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, el Departamento de Boyacá reconocerá a la señora MYRIAM LILY SALINAS SIERRA identificada con cédula de ciudadanía N° 23.489.763 de Chiquinquirá, a título de sanción moratoria un día de salario por cada día de mora desde el **19 de diciembre de 2009 hasta el 29 de diciembre de 2009, dado el fenómeno prescriptivo**. El monto de la sanción deberá ser liquidado por el Departamento de Boyacá atendiendo a la asignación básica mensual percibida por la demandante para el momento de su retiro del servicio.

QUINTO: La cantidad líquida que se reconozca como consecuencia de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia como lo prevé el inciso 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: NEGAR la pretensión tercera, relativa a la indexación de las sumas que se reconozcan por concepto de sanción moratoria.

SÉPTIMO: Sin condena en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.



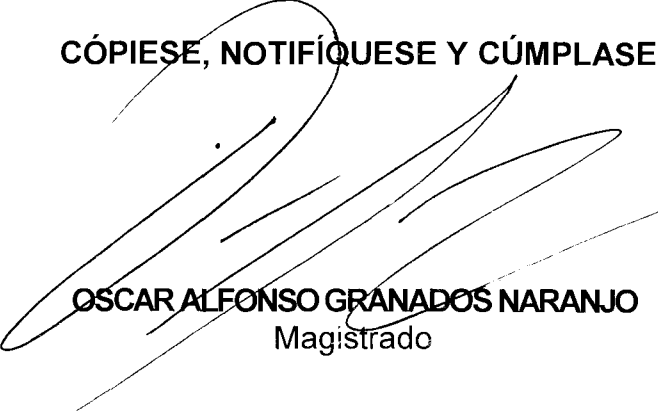
457

Demandante: Myriam Lily Salinas Sierra
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00475-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

OCTAVO: Una vez en firme esta sentencia, por Secretaría, archívense las diligencias dejando las constancias y anotaciones que sean del caso.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Myriam Lily Salinas Sierra
Accionado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201300475-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOBILITACIÓN POR ESTADO

El auto califica en firme por estado

Nº. 21 de 2018 09 FEB 2018

SECRETARÍA DE BOYACÁ



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

Tunja, 07 FEB 2018

Demandante	Héctor Francisco Sanabria Espitia
Demandado	Departamento de Boyacá
Expediente	15001-23-33-000-2013-00485-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	Auto prueba acuerdo conciliatorio

Corresponde a la Sala decidir sobre la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio judicial alcanzado entre las partes en la audiencia adelantada el 7 de diciembre de 2017 (fl. 484), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65A de la Ley 23 de 1991, adicionado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA

El 13 de junio de 2013 el señor HÉCTOR FRANCISCO SANABRIA ESPITIA, presentó demanda en contra del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, con el objeto de que se declarara la nulidad del acto administrativo del 11 de enero de 2013, mediante la cual se negó el pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías a que tiene derecho.

Como consecuencia de lo anterior, a título de indemnización de restablecimiento del derecho solicitó que se condenara al demandado a reconocer y pagarle, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, de conformidad con la Ley 244 de 1995.

2. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia del 13 de septiembre de 2017 (fls. 438 a 449), ésta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de falta de causa legal para iniciar la acción, buena fe, e inexistencia de la obligación propuestas por el Departamento de Boyacá.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por el Departamento de Boyacá, por el período comprendido entre el 15 de diciembre de 2005 y el 18 de diciembre de 2009.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del Oficio de fecha 11 de enero de 2013 suscrito por el director jurídico del Departamento de Boyacá, mediante el cual



Demandante: Héctor Francisco Sanabria Espitia
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00485-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

se negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de cesantías, al señor HÉCTOR FRANCISCO SANABRIA ESPITIA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, el Departamento de Boyacá reconocerá al señor HÉCTOR FRANCISCO SANABRIA ESPITIA identificado con cédula de ciudadanía 17.031.743 de Bogotá, a título de sanción moratoria un día de salario por cada día de mora desde el **19 de diciembre de 2009 hasta el 9 de mayo de 2010, dado el fenómeno prescriptivo**. El monto de la sanción deberá ser liquidado por el Departamento de Boyacá atendiendo a la asignación básica mensual percibida por el demandante para el momento de su retiro del servicio.

QUINTO: La cantidad líquida que se reconozca como consecuencia de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia como lo prevé el inciso 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: NEGAR la pretensión tercera, relativa a la indexación de las sumas que se reconozcan por concepto de sanción moratoria (...)"

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1. Recurso de la parte demandante

La parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia manifestando su desacuerdo con la declaratoria de prescripción de derechos por considerar que la forma en que la parte demandada la propuso estaba orientada a aplicar el término que se usó para interponer la demanda, y no para atacar el derecho como tal (fls. 451 a 462).

Al efecto, señaló que al tenor del artículo 2513 del Código Civil, la prescripción sea adquisitiva o extintiva, no puede ser declarada de oficio, pues ello equivale a que el juzgador se convierta en parte del proceso.

De otro lado, señaló que la sanción de que trata la Ley 244 de 1995 es una sanción que se impone en contra de la entidad pública pagadora por la mora en el pago de las cesantías, por lo que la misma no puede compararse con una prestación social a fin de aplicar la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

3.2. Recurso de la parte demandada

La parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando encontrarse inconforme con la decisión de primera instancia por cuanto en ella se cuenta el término límite para la sanción moratoria hasta la fecha en que pagó el reajuste de las cesantías, lo cual se hizo el 10 de mayo de 2010, pero en su concepto, dicho término corría hasta el 11 de julio de 2008, fecha en que se le pagó el reconocimiento



490

Demandante: Héctor Francisco Sanabria Espitia
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00485-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

de cesantías efectuado mediante la Resolución N° 0316 de 2005 (fls. 471 a 473).

Sostuvo que la norma que consagra el derecho a la sanción moratoria por la consignación extemporánea prevista en los artículos 1º y 2º de la ley 244 de 1995 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por el pago inoportuno de una diferencia de cesantías o de reliquidación de las mismas, sino por el pago inoportuno de las cesantías, bien sea parciales o definitivas.

Adujo que en el caso concreto, solo hasta el 19 de diciembre de 2012, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retraso en el pago de las cesantías, es decir que lo hizo después de 3 años del momento en el cual se cancelaron las mismas.

Señaló que la sanción moratoria se causa día a día y en esa medida, cada una de ellas va prescribiendo de manera independiente, por lo que se tiene que como la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria fue elevada el 19 de diciembre de 2012, los días causados con anterioridad al 19 de diciembre de 2009 se encuentran prescritos, y por tanto, la sanción reclamada por el demandante se encuentra prescrita.

4. DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

El 7 de diciembre de 2017 se celebró la audiencia de conciliación de que trata el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 (fl. 484), y en ella, la parte demandada, Departamento de Boyacá, relacionó la propuesta conciliatoria efectuada por el Comité de Conciliación de dicho ente, consistente en pagar a favor de la parte demandante la suma de \$5.115.959 correspondiente al valor de la sanción moratoria desde el 19 de diciembre de 2009 al 9 de mayo de 2010, tomando como base la asignación salarial del demandante al año 2005, la cual equivalía a la suma de \$1.088.502.

La propuesta así presentada, fue aceptada por el apoderado de la parte demandante.

II. CONSIDERACIONES

1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En relación a la conciliación judicial, como forma de solución de conflictos, el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, posteriormente modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, estableció la posibilidad de que las personas de derecho público puedan conciliar a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, tratándose de conflictos que versen sobre



Demandante: Héctor Francisco Sanabria Espitia
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00485-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

intereses particulares de contenido económico. El texto de la norma señaló lo siguiente:

*“(…) Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o **judicial**, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85 [nulidad y restablecimiento del derecho], 86 [reparación directa] y 87 [controversias contractuales] del Código Contencioso Administrativo. (…)”* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

A su vez, mediante el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, se adicionó el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, introduciendo una audiencia de conciliación de carácter obligatorio, a desarrollarse con posterioridad a la expedición de la sentencia de primera instancia en los procesos contencioso administrativos ordinarios, siempre y cuando su contenido fuera de naturaleza condenatoria y hubiera sido apelada, tal como se sigue:

“(…) ARTÍCULO 70. Adiciónese un cuarto inciso al artículo 43 de la Ley 640 de 2001, cuyo texto será el siguiente:

*En materia de lo contencioso administrativo, cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a **audiencia de conciliación**, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria.*

PARÁGRAFO. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso. (…)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En igual sentido, el inciso 4º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempló lo siguiente:

“ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.

Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.

Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.



491

Demandante: Héctor Francisco Sanabria Espitia
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00485-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

2.1. Caducidad de la acción

Frente a la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el literal d) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A. indica:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;(...).”

En el presente caso, el acto cuya nulidad se demanda fue notificado al interesado el 14 de enero de 2013 (fl. 25), la solicitud de conciliación se presentó ante la Procuraduría 45 Judicial II para asuntos administrativos el 7 de mayo de 2013, la audiencia se celebró el mismo día y la constancia de no acuerdo se expidió el 11 de junio de 2013 (fls. 30 y 31). La demanda se presentó el 13 de junio siguiente.

Es decir, la demanda se radicó antes del vencimiento de los 4 meses de que trata la norma acabada de citar.

2.2. Que el acuerdo verse sobre derechos económicos disponibles por las partes

Revisado el fallo proferido en primera instancia es posible concluir que el acuerdo conciliatorio comprende las sumas dinerarias a cuyo pago fue condenado el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ por concepto de sanción moratoria al haber pagado de forma tardía el auxilio de cesantías que correspondía al demandante.

2.3. Que las partes estén debidamente representadas y sus representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto del convenio

Según se observa a folio 1 del expediente, el abogado Nystron Javier Roncancio Muñoz, quien obra en calidad de apoderado de la parte demandante, fue facultado por esta para conciliar.

Así mismo, de conformidad con el memorial poder visible a folio 387 del plenario, el abogado Héctor Jaime Farías Mongua como apoderado del Departamento de Boyacá ostenta la facultad expresa de conciliar en



Demandante: Héctor Francisco Sanabria Espitia
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00485-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el Juez o Magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso.(...)"

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65-A de la Ley 23 de 1991, adicionado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, el acuerdo al que se llegue por las partes en una audiencia de conciliación debe someterse a la aprobación del juez o sala de decisión correspondiente y para que pueda impartirse aprobación a los acuerdos conciliatorios deben cumplirse los siguientes requisitos¹:

- Que no haya operado la caducidad de la acción
- Que el acuerdo verse sobre derechos económicos disponibles por las partes
- Que las partes estén debidamente representadas y sus representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto del convenio
- Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrojado a la actuación
- Que el acuerdo no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración
- Que el acuerdo no sea violatorio de la ley

2. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia y que el medio de control tramitado es el de nulidad y restablecimiento del derecho en el cual, la conciliación está permitida, la Sala procederá a analizar si el acuerdo conciliatorio *sub exámine* debe ser aprobado o improbadado, para lo cual se estudiará el cumplimiento de cada uno de los requisitos previamente mencionados.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. providencia del 26 de febrero de 2014, Rad. 08001-23-31-000-2010-00992-01(46206). C. P. Dr. Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 20 de febrero de 2014 Subsección B. Rad. 25000-23-26-000-2010-00134-01(42612), C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.



492

Demandante: Héctor Francisco Sanabria Espitia
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00485-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

representación de la entidad, prerrogativa que ejerció de acuerdo a los márgenes autorizados por su Comité de Conciliación según se colige de lo estipulado en Acta de fecha 7 de diciembre de 2017 (fl. 485).

De esta forma, se encuentra cumplido este requisito.

2.4. Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrimado a la actuación.

Como fue explicado en el fallo de primera instancia, de las pruebas era viable colegir la nulidad del oficio de fecha 11 de enero de 2013, suscrito por el director jurídico de la Gobernación de Boyacá, por medio del cual negó al demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantías y acceder al reconocimiento de dicha sanción ordenando a la entidad demandada que efectuara el pago de la misma por los periodos comprendidos entre el 19 de diciembre de 2009 y el 9 de mayo de 2010.

2.5. Que el acuerdo no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración.

De conformidad con lo conciliado, el Despacho encuentra que el acuerdo no resulta lesivo para el patrimonio de la Administración, toda vez que previo a efectuar la conciliación, el Departamento de Boyacá efectuó una liquidación del valor adeudado siguiendo la orden dada en el numeral 4º de la sentencia, lo cual arrojó un monto de \$5.115.959 a razón de un día de salario por cada día de retardo para un total de 141 días de mora.

Como se observa, el acuerdo al cual llegaron las partes en litigio fue sobre el pago total del valor que arrojó la liquidación de la condena, sin lesionar derechos ciertos e indiscutibles del demandante.

2.6 Que el acuerdo no sea violatorio de la ley.

Por todo lo referido, en razón a que la conciliación que ahora se estudia no vulnera ninguna norma legal ni va en contravía de los preceptos constitucionales, la Sala considera que el acuerdo se ajusta a derecho.

En razón a lo anterior, la Sala impartirá aprobación al acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes del presente proceso.

En todo caso, deberá precisarse que, para efectos de la exigibilidad de la obligación, la entidad demandada deberá dar cumplimiento al acuerdo en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A., es decir, pagar dentro de los 10 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, pasados los cuales la parte demandante podrá exigirlo por vía jurisdiccional.



Demandante: Héctor Francisco Sanabria Espitia
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 15001-2333-000-2013-00485-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE:

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes el 7 de diciembre de 2017, de conformidad con las razones expuestas en precedencia, y en los términos señalados por el apoderado del Departamento de Boyacá, en la audiencia celebrada. Es decir, *“el pago de la suma de \$5.115.959 conforme a la liquidación realizada por la Oficina de Talento Humano de la Gobernación, suma que será cancelada dentro de los 30 días siguientes”*

SEGUNDO: DECLARAR terminado el presente proceso.

TERCERO: DECLARAR que el acta de acuerdo conciliatorio y la presente providencia debidamente ejecutoriada prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada.

CUARTO: Una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente dejándose las anotaciones de rigor.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Aprobación acuerdo conciliatorio

Acción: Reparación Directa

Demandante: Fabio Alexander Bernal Baracaldo

Demandado: Fiscalía General de la Nación

Expediente: 150013133003201200231-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

10 de diciembre de 2017

En el día 10 de diciembre de 2017

Se firmó en Bogotá, D.C.

21



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

Tunja, 07 FEB 2018

Demandante	Ana Lilia Guerrero Buitrago.
Demandado	Departamento de Boyacá.
Expediente	150012333000201300496-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	Sentencia de primera instancia – Nulidad del acto administrativo que negó el pago de indemnización moratoria por pago extemporáneo de cesantías.

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adelantado a través de apoderado judicial por la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago, en contra del Departamento de Boyacá.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 a 23).

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago, presentó demanda en contra del Departamento de Boyacá, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo del 11 de enero de 2013, mediante la cual se negó el pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías a que tiene derecho.

1.1. HECHOS

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

- La demandante fue vinculada al Hospital San Salvador de Chiquinquirá el 1º de marzo de 1975, en el cargo de promotor de salud.
- Mediante concepto No. 1585 de julio 23 de 2004, el Consejo de Estado señaló que el Hospital San Salvador es de naturaleza privada y que sus funcionarios son empleados públicos.
- El Departamento de Boyacá, a través del Decreto 1370 de noviembre 19 de 2004, realiza la desvinculación de los empleados públicos y los



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

trabajadores oficiales de la mencionada institución ubicada en el municipio de Chiquinquirá.

- En virtud de lo anterior, el Departamento de Boyacá profirió la Resolución No. 209 de 2005, mediante la cual se realizó la liquidación de los salarios, prestaciones sociales y demás haberes laborales adeudados hasta el 21 de noviembre de 2004, indicando como deuda a su favor, la suma de \$30.787.438.
- Como deuda a favor de la demandante por concepto de cesantías, se señaló la suma de \$12.308.490, suma que fue cancelada en el mes de julio de 2008 y el día 23 de noviembre de 2009; es decir que su pago se hizo transcurridos más de 5 años desde que se hiciera su reconocimiento.
- El 19 de diciembre de 2012, la demandante elevó una petición ante el Departamento de Boyacá con el fin de que se reconociera y pagara a su favor, la sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías, petición que le fue resuelta mediante acto del 11 de enero de 2013, notificado el 14 de enero siguiente.
- La respuesta de la administración se enfocó de un lado en señalar que la demandante no interpuso recurso alguno contra el acto de reconocimiento de sus cesantías y que en el mismo quedó contenido que el pago de las mismas se haría una vez se suscribiera el convenio de concurrencia con el Ministerio de Hacienda.
- La mora en el pago de los haberes laborales de la demandante le ha ocasionado diversos perjuicios, entre otros de índole moral, los cuales pusieron en peligro su estabilidad personal y familiar.

1.2. PRETENSIONES

La demandante solicitó lo siguiente:

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo del 11 de enero de 2013, notificado el 14 de enero de 2013, expedido por la Dirección Jurídica – Secretaría General del Departamento de Boyacá, mediante el cual se decidió negativamente su petición de pago de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías.
2. Que a título de restablecimiento se condene al demandado a reconocer y pagar a la demandante, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, de conformidad con la Ley 244 de 1995.
3. Que se ordene ajustar la condena conforme el IPC, según lo dispone el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.



574

Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

4. Que se condene al Departamento de Boyacá a cancelar intereses reconocidos y establecidos de acuerdo a la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del C.P.A.C.A.
5. Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas del proceso.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante citó como normas violadas las siguientes: artículos 1, 2, 6, 25, 29, 42, 53, 58, 123, 124, 125 y 209 de la Constitución Política; Ley 244 de 1995; Ley 50 de 1990; Decreto 1582 de 1998 y Ley 1437 de 2011.

Al efecto, indicó que la falta de pago de la sanción moratoria a que tiene derecho la demandante, irrespete sus derechos a la dignidad humana, el trabajo, el debido proceso y la vida, además de pasar por alto los fines del Estado y poner en riesgo a su familia.

Adujo que en general, el acto cuya nulidad se demanda, incurre en una desviación de poder por cuanto desconoce derechos de carácter laboral y de contenido económico sin que exista alguna causal para la demora en el pago de las cesantías.

Finalmente, que dicho acto es nulo por estar viciado de falsa motivación, toda vez que en su motivación, la administración se aleja de los cometidos estatales y desconoce normas de carácter nacional aplicables al caso particular.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado de la demanda y a través de apoderada judicial, el Departamento de Boyacá contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la misma por considerar que las mismas carecen de fundamento y causa legal (fls. 154 a 171).

Como argumentos de su defensa planteó que dada la indefinición sobre la naturaleza jurídica del Hospital y sobre la condición del personal vinculado al mismo, el gobernador de Boyacá elevó consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual respondió mediante concepto del 23 de julio de 2004 indicando que se trata de empleados públicos que venían laborando en una entidad de derecho privado.

Señaló que pese a tener la naturaleza de servidores públicos, el Departamento de Boyacá no cuenta con una planta de personal habilitada en el Municipio de Chiquinquirá ni en el departamento de manera que ello permita la incorporación formal de estos servidores.



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Indicó que ello hizo necesario efectuar la desvinculación de algunos empleados de la planta de cargos de la administración departamental, lo cual hizo posible adelantar las gestiones necesarias para reconocer y ordenar el pago de la deuda salarial y prestacional a que tienen derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales y demás condiciones de su vinculación, así como el reconocimiento y pago de la indemnización para los empleados públicos de carrera que opten por esta, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

Señaló que mediante Convenio de Desempeño N° 00179 celebrado entre La Nación – Ministerio de la Protección Social y el Departamento de Boyacá, se fijaron las condiciones bajo las cuales el departamento se comprometió a implementar las acciones requeridas para ejecutar el plan de indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones del personal que prestó sus servicios en el hospital, y garantizar la destinación del crédito de presupuesto por la Nación.

Afirmó que una vez firmados los convenios de concurrencia con los Ministerios de Hacienda y de Protección Social, el Departamento de Boyacá reconoció y pagó a la demandante, los valores que le adeudaba, y de allí puede deducirse que los mismos le fueron cancelados con el reajuste del año 2004.

Refirió que es claro que la demandante no es ni ha sido empleada de la Gobernación de Boyacá y por tanto, la aplicación de la mora es improcedente, pues si bien, el departamento asumió algunos pagos de buena fe para no afectar a los empleados del hospital, no puede atribuírsele negligencia o responsabilidad, ya que se encontraba solucionando una situación que no era de su competencia.

Aseveró que la sanción moratoria no procede de pleno derecho sino que debe probarse la mala fe, situación que no sucede en este caso pues el Departamento de Boyacá actuó de forma diligente para conseguir los recursos necesarios para amparar las obligaciones contraídas por el hospital.

Indicó que el acto que se demanda no puede ser tenido en cuenta como un acto administrativo sino como uno de mero trámite pues en dicho oficio no se hace otra cosa que informar la decisión adoptada por la administración departamental, pero no contiene en sí mismo una decisión.

Concluyó que el Departamento de Boyacá no ha querido en forma alguna, atropellar los derechos de la demandante sino que actuó con lealtad al proteger los intereses de los trabajadores del hospital suscribiendo un convenio de concurrencia a fin de obtener los recursos necesarios para cumplir con los salarios de los trabajadores del Hospital San Salvador de Chiquinquirá.

Propuso como excepciones las siguientes:



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
 Demandado: Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

- **Cosa juzgada:** señaló que la demandante ya había incoado una acción tendiente a obtener lo mismo que en este proceso, y dicha acción cursó en este tribunal bajo el radicado N° 2005-2969 por la misma causa y objeto del presente proceso.
- **Caducidad de la acción:** señaló que vistas las fechas de expedición del acto, así como las fechas en que se dio a conocer su contenido mediante la notificación, se observa claramente que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caducó dado que transcurrieron más de 4 meses sin que se hubiese presentado la demanda.
- **Falta de causa legal para iniciar la acción:** señaló que tanto la desvinculación de la demandante, como la supresión de cargos y la reestructuración de la entidad, se hicieron con sujeción a las normas y preceptos legales, y no obedecieron a razones caprichosas o infundadas por parte de la Gobernación.
- **Indebida acumulación de pretensiones:** indicó que la demandante pretende que se ventile por la misma cuerda procesal el juicio de nulidad del oficio del 11 de enero de 2013 a través del cual se le da respuesta por parte de la administración departamental.
- **El oficio objeto de la impugnación no constituye propiamente un acto administrativo:** señaló que el acto que se demanda no puede ser tenido en cuenta como un acto administrativo sino como uno de mero trámite pues en dicho oficio no se hace otra cosa que informar la decisión adoptada por la administración departamental, pero no contiene en sí mismo una decisión.
- **Falta de legitimación en la causa por pasiva - requisito de procedibilidad:** señaló que del acto por medio del cual se nombró a la accionante, así como del acta de posesión y los documentos que componen su hoja de vida, se infiere que quien ostenta la calidad de empleador es el Hospital San Salvador de Chiquinquirá y no el Departamento de Boyacá.

Adujo que no está probado ni establecida la relación jurídica por la cual se llame al Departamento de Boyacá a responder y por tanto, las pretensiones de la demanda están llamadas a no prosperar pues deben invocarse en contra de quien funge realmente como empleador.

- **Buena fe:** señaló que el Departamento de Boyacá obró de buena fe, al punto que en la Resolución N° 0283 de 2004, le indicó a la demandante que una vez se suscribiera el convenio de concurrencia se realizarían los trámites necesarios para el pago.



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300496-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

- ***Inexistencia de la obligación:*** señaló que la accionante no acredita haber agotado trámite administrativo alguno para lograr la cancelación de dicha sanción, por lo que no puede automáticamente derivarse una sanción moratoria.
- ***Prescripción de la acción:*** refirió que la sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto que ordena la liquidación de las cesantías definitivas y lo que pretende la demandante en este caso es revivir la oportunidad para presentar la demanda por la sanción moratoria.
- ***Innominada o genérica.***

3. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

La demanda fue presentada para reparto el 18 de junio de 2013 (fl. 23), correspondiendo su conocimiento al Despacho N° 5 Mixto de este Tribunal, el cual mediante proveído del 24 de junio de 2013 la inadmitió por adolecer de algunos defectos (fls. 36 - 37).

Subsanados los defectos (fls. 40 - 59), mediante auto del 29 de agosto de 2013 se consideró necesario requerir a la parte demandante a fin de que precisara algunos aspectos con el fin de poder determinar la competencia para conocer del asunto (fls. 62 - 63).

Posteriormente, mediante auto del 25 de septiembre de la misma anualidad, el despacho en mención dispuso remitir las diligencias a la jurisdicción ordinaria laboral a fin de que esta asumiera su conocimiento, por considerar que la competencia no radicada en esta jurisdicción contencioso administrativa (fls. 81 - 86).

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja, el cual, mediante auto del 12 de diciembre de 2013 suscitó el conflicto negativo de competencias por considerar que tampoco resultaba competente para conocer del presente asunto, sino que la competencia radica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (fls. 107 - 108).

Dicho conflicto fue resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a través de auto del 14 de mayo de 2014, asignando la competencia para conocer, a este Tribunal Administrativo (fls. 116 - 124).

Avocado el conocimiento del asunto, el Despacho N° 5 de este Tribunal, dispuso admitir la demanda, lo cual se hizo mediante auto del 28 de julio de 2014 (fl. 136).



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

La notificación personal de la demanda a la demandada y demás intervinientes se surtió el 15 de agosto de 2014 (fls. 143 - 147), es así como la parte demandada contestó la demanda dentro del término dado para ello (fls. 154 a 171).

El término de traslado de las excepciones propuestas se corrió entre el 24 de febrero de 2015 y el 26 de febrero de 2015 (fl. 372), vencido el cual, el Despacho de conocimiento dispuso fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A (fl. 374).

Dicha audiencia tuvo lugar el 29 de abril de 2015 y en ella se adelantaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación y decreto de pruebas, resolviéndose su suspensión para recepcionar las pruebas decretadas (fls. 381 a 385).

Celebrada dicha audiencia y encontrándose el proceso en etapa de recaudo probatorio, a través de auto de 08 mayo de 2015, se dispuso el envío de las diligencias a los Despachos 704 y 705 de Descongestión del Tribunal Administrativo, para que continuaran su conocimiento en virtud del Acuerdo PSAA15-10335 del 29 de abril de 2015 (fl. 390).

Dicho Despacho avocó conocimiento según providencia del 4 de junio de 2015 (fl. 400) y en virtud de ello, el 31 de agosto de 2015 procedió a adelantar la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A, la cual fue suspendida por faltar el recaudo del material probatorio (fls. 421 – 423).

Conforme a lo anterior, el Despacho de conocimiento mediante autos del 05 de octubre de 2015 (fl. 446) y 16 de octubre de 2015 (fl. 461), ordenó requerir a las entidades para dar cumplimiento a las pruebas decretadas.

Posteriormente, el Despacho No. 705 fue suprimido mediante Acuerdo PSAA15-10413 del 30 de noviembre de 2015, por lo que a partir de allí, el conocimiento de las presentes diligencias correspondió a este Despacho N° 6, el cual avocó conocimiento de las mismas mediante auto del 29 de marzo de 2016 (fl. 486).

Mediante auto del 17 de mayo de 2017, se dispuso requerir a la demandada para rendir información (fl. 495), es así, como una vez se obtuvo lo solicitado (fls. 500 – 531), este Despacho a través de providencia calendada el 20 de junio de 2017, ordenó remitir tales documentos a la Fiduciaria Bogotá, para que allí se diera cumplimiento a las pruebas ordenadas en audiencia inicial (fl. 534).

Una vez cumplido con la totalidad del recaudo probatorio, el 9 de noviembre de 2017 se continuo con la audiencia de pruebas y se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones finales (fls. 550 a 551).



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandada:

Presentó alegaciones solicitando se declare la prosperidad de la excepción de prescripción por considerar que en el presente caso, a la demandante se le reconocieron las cesantías mediante la Resolución N° 0209 de 2005 y reajuste con la Resolución No. 0638 de 2009 y de acuerdo con las normas aplicables al caso, la administración contaba con 45 días hábiles para efectuar dicho pago (fls. 561 a 563).

Adujo que el tiempo transcurrido desde el día en que quedó en firme el acto de reconocimiento de las cesantías y el pago efectivo de las cesantías superó los 3 años a que se refiere la ley y dado que la sanción moratoria se causa día a día, cada una de ellas va prescribiendo de forma independiente.

Sostuvo que como la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria fue elevada el 19 de diciembre de 2012, los días causados con anterioridad al 19 de diciembre de 2009 se encuentran prescritos y en ese orden, la sanción reclamada por la parte demandante, está prescrita.

4.2. Parte demandante:

Presentó alegaciones solicitando se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda (fls. 564 a 571).

Aseveró que en el plenario quedó demostrado que el Departamento de Boyacá efectuó el pago tardío de las cesantías de la demandante y por tanto, no existe duda que está obligada a reconocer y pagar a favor de la demandante, la sanción de que trata la Ley 244 de 1995.

Se refirió a la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada y señaló que la forma en que esta la sustentara en su momento, da lugar a pensar que lo que pretendía atacar era el tiempo con que contaba la demandante para ejercer su derecho de acción, más no a atacar al derecho como tal.

Resaltó que en este caso, no puede este tribunal declarar oficiosamente la excepción de prescripción cuando fue sustentada en forma indebida, pues el Código Civil señala que ello no procede de oficio.

Aseveró que esta sanción no puede ni debe tener término de prescripción en atención al principio de favorabilidad, pues se trata de una sanción consagrada a favor del trabajador que queda cesante en su vida laboral, y si en algún momento debiera aplicársele sanción alguna, no sería otra que la que prevé el derecho sancionatorio de la Ley 610 de 2000 por el transcurso



577

Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

del lapso de 5 años, pues se trata de una sanción y no de una prestación social.

Por último, resaltó que la Ley 244 de 1995 no contempla ninguna prescripción para esta sanción y que al tratarse de un asunto de carácter laboral, deben primar los principios y derechos que se han consagrado en esta materia.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

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

- ¿El pago de las cesantías reconocidas a la demandante podía condicionarse al giro de recursos por parte de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Protección Social?
- ¿La obligación del pago de cesantías surgió cuando el Departamento de Boyacá recibió el giro de recursos por parte de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Protección Social?
- ¿Las cesantías se cancelaron totalmente cuando se pagó el ajuste a las mismas?
- El Departamento de Boyacá pagó tardíamente las cesantías a la demandante?

En caso de concluirse la mora en el pago de las cesantías:

- ¿para que opere la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías es necesario demostrar la existencia de mala fe?
- ¿El primer pago de cesantías suspendió la sanción por pago tardío de las cesantías?
- ¿Operó el fenómeno prescriptivo?

2. TESIS DEL CASO SUB EXAMINE

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



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

2.1. Tesis argumentativa de la parte demandante

Considera que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, por cuanto en el proceso quedó demostrado que el Departamento de Boyacá efectuó el pago tardío de su auxilio de cesantías, pero a tal pago no puede aplicársele la prescripción de derechos, como quiera que no se trata de una prestación social, sino de una sanción impuesta por la ley en contra del empleador moroso y a favor del trabajador, por lo que debe darse aplicación a los principios del derecho laboral, en especial, el principio de favorabilidad.

2.2. Tesis argumentativa de la parte demandada

Considera que la demandante no tiene derecho alguno al pago de la sanción moratoria reclamada por cuanto el Departamento de Boyacá actuó de buena fe al indicarle que el pago de su auxilio de cesantías se haría una vez se suscribiera el convenio de cofinanciación con los Ministerios de Hacienda y de Protección Social, como finalmente se hizo.

Adujo que en todo caso, de tener derecho al pago de dicha sanción, el mismo no está a cargo del Departamento de Boyacá puesto que el vínculo laboral de la demandante fue con el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, y en gracia de discusión, frente a tal sanción ya operó el fenómeno de la prescripción.

2.3. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala declarará la nulidad del Oficio de fecha 11 de enero de 2013, suscrito por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, por medio del cual negó a la demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantías por considerar que se encuentra demostrado el retardo de la administración en efectuar los pagos correspondientes al auxilio definitivo de cesantías de la señora en cuestión.

No obstante, dirá que se encuentran prescritos los periodos correspondientes a la sanción moratoria entre el 6 de septiembre de 2005 y el 18 de diciembre de 2009, por lo que accederá al reconocimiento de la sanción por los periodos comprendidos entre el 19 de diciembre de 2009 y el 22 de diciembre de 2009.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: *i)* De la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, *ii)* del pago condicionado a la existencia de apropiación presupuestal y a la existencia de un convenio con el ministerio de protección social, y, *iii)* el caso concreto.



578

Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

3. DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO OPORTUNO DEL AUXILIO DE CESANTÍAS

El auxilio de cesantías definitivo ha sido entendido por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, como una prestación social de carácter especial que se constituye en un ahorro forzado para el trabajador, para atender sus necesidades en caso de quedar cesante, prestación que se debe pagar al empleado al finalizar la relación laboral, y es por ésta razón que el legislador ha ideado mecanismos para garantizar que al servidor público cuyo vínculo laboral se da por terminado, se le paguen las cesantías a las que tiene derecho de forma oportuna y sin dilaciones por parte de la administración.

En el contexto anterior surgió la Ley 244 de 1995, que estableció el procedimiento que debe adelantar la administración a efectos de liquidar el auxilio de cesantías definitivo. En efecto, el artículo primero ibídem establece:

“Artículo 1°. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo” (Destacado por la Sala).

Así, el artículo 2° de la referida ley, establece que una vez proferida la resolución de liquidación del auxilio de cesantías, el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

“Artículo 2°. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.” (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, en el evento en que la administración incumpla los términos antes referidos, el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, consagra la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías definitivo, en los siguientes términos:

“Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad. N° 25000-23-25-000-2011-00622-01(1674-13), C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.” (Destacado de la Sala).

Posteriormente, la Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, extendiendo la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías no solamente a las definitivas sino también a las cesantías parciales, dejando incólume los términos con que cuenta la entidad a efectos del reconocimiento y pago de dicha prestación, tal como se observa a continuación:

“Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo” (Destacado de la Sala).

“Artículo 5. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.” (Destacado de la Sala)

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 27 de marzo de 2007, precisó el momento a partir del cual se debe contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías bien sea parciales como definitivas, en los siguientes términos:

“(…) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías



579

Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, **más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.**

(...)

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (...)”² (Destacado de la Sala)

El anterior criterio fue reiterado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 14 de diciembre de 2015³, en la cual indicó:

*“(...) Bajo tal entendimiento, la Sala⁴ ha venido reiterando que en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, **en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud**, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción (...)”.* (Destacado de la Sala)

En síntesis, el pronunciamiento tardío de la entidad en relación con la solicitud de pago del auxilio de cesantías ya sea definitivo o parcial, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, y en tal caso, **la sanción se contabilizará a partir de la fecha de la solicitud**, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo.

4. PAGO CONDICIONADO A LA EXISTENCIA DE APROPIACIÓN PRESUPUESTAL Y A LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO CON EL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL

Sea lo primero señalar que existe una clara línea jurisprudencial conforme a la cual, **el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías no puede someterse a la existencia de apropiaciones presupuestales, puesto que tales prestaciones corresponden a derechos constitucionales fundamentales de los trabajadores y su condicionamiento es contrario a los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución.** Así por ejemplo, se encuentran

² Sentencia de 27 de marzo de 2007, Exp. No. 760012331000200002513 01. (2777-2004), C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 14 de diciembre de 2015, Rad. N° 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Sentencias del 28 de enero de 2010, No. Interno: 2266-08, y 28 de junio de 2012 No. 1682-2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, entre otras.



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300496-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

las Sentencias C-428 de 1997, T-228 de 1997, T-419 de 1997 y C-006 de 2012.

Sobre este asunto, en la sentencia C-006 de 2012 acabada de citar, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 38 de la Ley 1420 de 2010 considerando lo siguiente:

*“...Si bien las operaciones de pago de las cesantías parciales deben efectuarse en todo caso en el marco de los presupuestos públicos correspondientes, **el reconocimiento, liquidación y pago de tales prestaciones no pueden estar sujetos ni condicionados a que existan recursos para apropiar en las partidas correspondientes**, ya que tal condicionamiento es contrario a los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Política, entre otros. En últimas, nota la Corte que esta perspectiva es coherente con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, reformado por el artículo 1º del Acto Legislativo 03 de 2011 “por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”. En el párrafo de dicho artículo se consagra “[a]l interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”. La voluntad del Constituyente fue, a este respecto, clara y manifiesta: otorgar una prevalencia clara a los derechos fundamentales, **que incluyen el derecho al cumplimiento de los fallos judiciales, acuerdos conciliatorios y derechos laborales mínimos como las cesantías parciales, por encima de las consideraciones de disponibilidad de recursos, los cálculos de costo y beneficio o las razones de sostenibilidad fiscal, ya que la sostenibilidad fiscal es importante como criterio para avanzar en los derechos, pero no para obstaculizar su protección...**”*

Ahora bien, se tiene que la razón aducida por el Departamento de Boyacá en casos como el que ocupa la atención de la Sala, para excusar la falta de pago oportuno del auxilio de cesantías, tiene relación con la existencia de un contrato de concurrencia numerado 001 de 2007, el cual fuera suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Boyacá, el Municipio de Chiquinquirá y el Hospital San Salvador de Chiquinquirá.

Del mismo se colige que fue suscrito con fundamento en lo dispuesto por las Leyes 60 de 1993 en su artículo 33, y, 100 de 1993 en su artículo 242 y tuvo como objeto la distribución de los recursos del Fondo de Pasivo Prestacional del Sector Salud y su objeto, según la cláusula primera, fue determinar la concurrencia económica de cada entidad en el pasivo prestacional por concepto de cesantías y pensiones causado a 31 de diciembre de 1993.

En relación con la entidad que resulta obligada en virtud de este tipo de convenios, la Corte Constitucional en la Sentencia T-620 de 2007 señaló:

“...Al respecto en materia pensional la Corte Constitucional en Sentencia T-136 de 2006, estudiando el tema de la responsabilidad de las entidades de salud, de la Nación y de las entidades territoriales (Departamento de Santander), consideró que al existir un convenio de concurrencia en el marco de la Ley 60 de 1993 y de la Ley 715 de 2001, le correspondía a estas tres entidades concurrir al financiamiento de la deuda por este concepto. De lo cual podemos



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

concluir a contrario sensu que ante la inexistencia de un convenio en este sentido la persona obligada debe ser el último empleador, es decir la entidad de salud correspondiente, que de acuerdo con el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 debía seguir pagando y presupuestando estas sumas de dinero a sus trabajadores.” (Resaltado fuera de texto).

Por su parte el Consejo de Estado⁵ señaló “que habiéndose dispuesto el presupuesto por parte las entidades concurrentes, para efecto del pago de las obligaciones prestacionales de los empleados desvinculados del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, estas debían pagarse en forma oportuna de modo que si la desvinculación de la demandante se produjo a finales del año 2004, la entidad a cargo del pago de sus prestaciones sociales definitivas, debió consignarlas dentro del término previsto en la ley y no exceder, en la forma en que lo hizo, por más de 3 años.”

En conclusión, la inexistencia de apropiación presupuestal y de un convenio con el Ministerio de Protección Social no es razón que exonere a la entidad demandada del pago de la sanción moratoria pretendida puesto que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías no puede someterse a la existencia de apropiaciones presupuestales toda vez que tales prestaciones corresponden a derechos constitucionales fundamentales de los trabajadores cuyo condicionamiento es contrario a los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Política.

5. LOS ELEMENTOS PROBATORIOS

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

- La señora Ana Lilia Guerrero Buitrago a través de apoderado judicial dirige escrito al Gobernador del Departamento de Boyacá, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías reconocidas en la Resolución No. 209 de 2005 y reajustadas mediante acto administrativo en el año 2009 (fls. 26 a 28).
- En virtud de ello, mediante oficio 001107 del 11 de enero de 2013, el Director Jurídico del Departamento de Boyacá resuelve negativamente la solicitud de la parte demandante en el sentido de que se le cancele la sanción moratoria por pago extemporáneo del auxilio de cesantías (fls. 24 y 25).
- Por medio de la Resolución N° 073 del 1° de marzo de 1975, el Director del Hospital San Salvador de Chiquinquirá nombró a la señora Ana Lilia Guerrero como Promotora Rural de esa institución, (fl. 172).

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A”, sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad. N° 15001 23 33 000 2012 00212 01 (3120-13), C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300496-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

- Igualmente obra copia del acta de posesión de la demandante en el cargo de Promotora Rural, la cual fuese calendada el 20 de junio de 1975, (fl. 186).
- Reposa copia del oficio del 19 de noviembre de 2004 dirigido por el Secretario General del Departamento de Boyacá a la señora María Leonor Peña de Pinilla, informándole la terminación de su relación legal y reglamentaria con la administración (fl. 265 - 266).
- Por medio de certificación expedida el 16 de septiembre de 2010, por la Secretaria General del Departamento de Boyacá, se puede constatar que la demandante laboró hasta el 21 de noviembre de 2004 en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá (fl. 343).
- Copia de la Resolución N° 209 del 1° de diciembre de 2004 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la indemnización por su desvinculación de la administración, a favor de la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago (fls. 268 a 270).
- Con la Resolución N° 287 del 29 de diciembre de 2004, el Departamento ordenó el pago de sueldos adeudados a la demandante con ocasión a su retiro de la administración, cuya suma asciende a \$1.699.564 (fls. 271 a 278).
- De igual forma el Departamento de Boyacá, mediante la Resolución N° 209 del 21 de abril de 2005, reconoce y ordena el pago de los salarios y prestaciones sociales de la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago, por valor de \$30.787.438, incluido el valor de cesantías que asciende a la suma de \$12.308.490 (fls. 279 a 283).
- En contra de la mencionada Resolución No. 209 de 21 de abril de 2005, la demandante interpuso recurso de reposición, conforme el escrito del 2 de junio de 2005 (fls. 284 a 290).
- El Secretario General del Departamento de Boyacá, expidió la Resolución N° 270 del 03 de junio de 2005 por medio de la cual, resolvió el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la Resolución N° 209 de 21 de abril de 2005, confirmándola en todas sus partes (fls. 291 a 293).
- Según escrito presentado por la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago, ante la Secretaria General del Departamento de Boyacá el 23 de enero de 2006, solicita se ordene el reajuste de la indemnización reconocida mediante Resolución No. 209 de 1° de diciembre de 2004 (fls. 329 a 331).



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300496-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

- Mediante oficio de fecha 2 de febrero de 2006, el Secretario General del Departamento de Boyacá le informa a la demandante que según convenio modificatorio al convenio de desempeño para la ejecución del programa de reorganización, rediseño y modernización de la red de prestación de servicios de salud No. 386 de 2004, suscrito entre el Departamento y el Ministerio de la Protección Social, se adicionó recursos para el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, para efectos de pagar los reajustes a las indemnizaciones de los funcionarios (fl. 332).
- El Secretario General del Departamento de Boyacá, profirió la Resolución N° 468 del 23 de agosto de 2006 por medio de la cual, ordenó el pago por concepto de reajuste de indemnización reconocida a la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago, por la suma de \$2.122.124 (fl. 333)
- Así mismo, a través de la Resolución No. 652 de 16 de noviembre de 2007 se reconoció a favor de la demandante el reajuste de salario y prestaciones sociales correspondiente al periodo comprendido entre el 1° de enero y el 21 de noviembre de 2004, por la suma de \$608.575 (fls. 334 - 335).
- De acuerdo a la copia de la Resolución N° 638 del 19 de noviembre de 2009, se reconoció y ordenó el pago a favor de la demandante por concepto de reajuste de cesantía, por valor de \$1.573.367 (fls. 339 - 340).
- Obra copia del contrato de concurrencia N° 001 de 2007, suscrito entre la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Boyacá, el Municipio de Chiquinquirá y el Hospital San Salvador de Chiquinquirá (fls. 346 - 349).
- Copia del Convenio de desempeño N° 00179 para la reorganización, rediseño y modernización de las redes de prestación de servicios de salud, suscrito entre el Departamento de Boyacá y el Ministerio de la Protección Social (fls. 350 a 357).
- Conforme el oficio de 23 de febrero de 2017 suscrito por el Tesorero General del Departamento de Boyacá, se informa los montos y fechas de pago de las sumas reconocidas a la demandante por concepto de cesantías y reajuste de cesantías (fl. 394).
- Copia de planilla de pagos efectuados por el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, entre los cuales se reseña el pago efectuado a la demandante por cesantías el 10 de julio de 2008 por la suma de \$12.308.490 (fl. 396).



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300496-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

- Igualmente reposa copia de recibo de consignación del Banco Davivienda del 23 de diciembre de 2009, por la suma de \$1.573.367 a nombre de la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago (fl. 395).
- Oficio del 20 de mayo de 2015 suscrito por el Tesorero General del Departamento de Boyacá, por medio del cual se informa que los recursos provenientes del contrato de concurrencia No. 001 de 2007 y el Convenio de desempeño 00179 fueron manejados a través de fiducia (fls. 398 a 399).
- Por su parte la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda, con oficio del 14 de septiembre de 2015, indica que el contrato de concurrencia No. 001 de 2007 fue suscrito el 26 de diciembre de 2007 (fl. 435 – 437).
- Conforme al oficio de 31 de mayo de 2017, suscrito por el Tesorero General del Departamento, se indica que los recursos recibidos con ocasión del Convenio de Desempeño No. 00179 fueron girados directamente a la Fiduciaria Bogota S.A. (fls. 500 – 531).
- En virtud de lo anterior, la Fiduciaria Bogotá con oficio del 21 de julio de 2017, refiere que según el contrato de administración integral y manejo de un Patrimonio Autónomo No. 3-1-855 cuyo objeto era pagar pasivos laborales de las IPS, incluidas en el programa de Reorganización, Rediseño y Modernización de las redes de prestación de servicios de salud, según los convenios de desempeño que celebre cada entidad territorial con el Ministerio de la Protección Social, agrega que no existen pagos a favor del Departamento de Boyacá provenientes del convenio No. 00179 (fl. 542 – 543).

6. CASO CONCRETO

En relación con el caso concreto, sea lo primero señalar que según se infiere de las probanzas allegadas por las partes, la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago estuvo vinculada al Hospital San Salvador de Chiquinquirá desde el 1º de marzo de 1975 hasta el 21 de noviembre de 2004 (fls. 172, 283 y 265 a 266).

En relación con la naturaleza jurídica del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, se tiene que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto del 23 de julio de 2004⁶, al abordar dicho aspecto, así como la calidad legal de los trabajadores del hospital y si las prestaciones sociales de los trabajadores podían pagarse mediante dación en pago con las instalaciones, enseres y cesión de los derechos de posesión, concluyó lo siguiente:

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto No. 1585 de 23 de julio de 2004, M.P. Dra. Susana Montes de Echeverri.



582

Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

“1.El Hospital San Salvador de Chiquinquirá es una institución de naturaleza privada que en virtud de la organización del Sistema Nacional de Salud, recibió aportes del Estado para su sostenimiento, los que se utilizaron en el pago de los salarios de sus servidores (recurso humano), y en la construcción y/o adecuación de su infraestructura, dotación de recursos técnicos y financieros.

2. Las personas que han venido laborando en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá son, en su gran mayoría, empleados públicos y, por ende, tienen todos los derechos que la ley les reconoce por su calidad de tales, sin perjuicio naturalmente de que al estudiar las situaciones individuales se encuentren servidores vinculados por contrato de trabajo bajo las disposiciones de la ley 10ª de 1990 y

3. La figura jurídica de la dación en pago, aunque es un mecanismo general apto para extinguir las obligaciones, no representa una alternativa viable en este caso dado el carácter público de los bienes que integran el patrimonio o los recursos del Hospital, sobre los cuales no se tiene libre disposición”.

En virtud de dicho concepto, el Departamento de Boyacá, mediante oficio del 19 de noviembre de 2004 comunicó a la demandante, su decisión de desvincularla de dicho ente (fls. 265 - 266), así:

“Teniendo en cuenta lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado en concepto N° 1.585 del 23 de Julio de 2004, por medio del presente escrito le comunicamos que mediante Decreto número 1370 del 19 de Noviembre de 2004, expedido por el Gobernador de Boyacá, se decretó terminar su relación legal y reglamentaria con el Departamento de Boyacá y su consecuencial desvinculación de la Administración Departamental, habida consideración que venía laborando en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, entidad de naturaleza jurídica privada (...).”

Una vez terminada la relación laboral de la demandante, el Departamento de Boyacá a través de su Secretario General expidió la Resolución No. 209 del 21 de abril de 2005 mediante la cual reconoció a su favor, los salarios y prestaciones sociales adeudadas y entre las sumas debidas, se liquidaron \$12.308.490 por concepto de auxilio de cesantías (fls. 279 a 283).

Contra dicho acto, la demandante interpuso recurso de reposición, para tal efecto, el Secretario General del Departamento de Boyacá mediante la Resolución No. 270 del 03 de junio de 2005, confirmó en todas sus partes el acto recurrido (fls. 291 a 293).

Es así como el monto de cesantías reconocido mediante la Resolución No. 209 del 21 de abril de 2005, fue pagado a la cuenta de ahorros de la demandante el 10 de julio de 2008, según consta en la certificación expedida por el Tesorero General del Departamento de Boyacá (fl. 394).

Posteriormente, mediante la Resolución No. 00638 del 19 de noviembre de 2009 se reconoció el reajuste de cesantías a favor de la demandante por valor de \$1.573.367 (fls. 339 - 340), suma que fue cancelada el 23 de diciembre de 2009 (fls. 394 y 395).



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300496-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

El 19 de diciembre de 2012, la demandante radicó ante la Gobernación de Boyacá, solicitud tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria causada por el pago extemporáneo de sus cesantías (fls. 26 a 28), solicitud que le fue resuelta negativamente mediante el oficio del 11 de enero de 2013 (fls. 24 y 25).

Como se señaló líneas atrás, los artículos 1° y 2° de la Ley 244 de 1995 indican que dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, y, a partir de la fecha en que quede en firme el acto, la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, para cancelar el monto que resultare por tal concepto.

En igual sentido, señala la norma que en caso de mora en el pago de las cesantías, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.

En este punto, valga precisar que a folios 244, 248 y 249 obra formato de vinculación del Fondo de Cesantías Colfondos, así como copia de la Resolución N° 441 del 3 de abril de 2000, por medio de la cual, el interventor del Hospital San Salvador de Chiquinquirá autoriza a Colfondos, el pago de la suma de \$10.500.000 por concepto de cesantías parciales a favor de la demandante.

Al respecto, si bien en principio podría pensarse que dichos documentos denotan que la demandante se encontraba vinculada al régimen anualizado de cesantías, considera la Sala que los mismos no constituyen plena prueba de tal situación como quiera que de un lado no se tiene certeza de que la demandante haya manifestado su voluntad de efectuar el cambio de régimen de cesantías, y de otro lado, al momento de liquidarse las cesantías parciales, no se indicó que la señora en cuestión perteneciera al régimen anualizado de cesantías.

De otro lado, si se examina el contenido de la Resolución N° 209 de 21 de abril de 2005 por la cual se reconoce y ordena el pago de salarios y prestaciones sociales, el auxilio de cesantías correspondiente a la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago se liquidó tomando como base el último salario devengado por ella a la fecha de desvinculación de la entidad (año 2004) y por la totalidad del tiempo transcurrido entre su vinculación a la entidad en el año 1975 y su retiro en el año 2004, más no se efectuó una liquidación anualizada.



583

Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Adicionalmente a lo anterior, debe resaltarse que el régimen aplicable a la liquidación del auxilio de cesantías de la demandante no fue objeto de debate en este proceso, como tampoco al momento de notificársele a la demandante la liquidación definitiva, tanto así que la sanción moratoria cuya aplicación se solicita es la dispuesta en la Ley 244 de 1995; es decir, la prevista para el pago tardío de cesantías en el régimen retroactivo, por lo que a efectos de determinar si le asiste a la demandante el derecho al pago de la sanción moratoria solicitada, se le tendrá como beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías.

Esclarecido lo anterior, se observa que en el presente caso, si bien, la demandada reconoció a la demandante las cesantías mediante Resolución No.209 del 21 de abril de 2005, tan solo realizó el pago de las mismas hasta el 10 de julio de 2008 y 23 de diciembre de 2009, siendo que el término para ello vencía el 5 de septiembre de 2005⁷.

En consecuencia, debe señalarse que el pago del valor correspondiente al auxilio de cesantías se hizo más allá del término de los 45 días que consagra la norma para que se entienda realizado en forma oportuna, situación que impone a cargo de la entidad, la obligación de reconocer y pagar la sanción moratoria por el pago tardío de las mismas, sanción que surge por el solo hecho de la demora en el pago, sin que sea necesario demostrar mala fe de la entidad.

Ahora bien, la Ley 244 de 1995 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por el pago inoportuno de una diferencia de cesantías o de reliquidación de las mismas, sino por el pago inoportuno del auxilio de cesantías, bien sean parciales o definitivas, lo cual resulta importante en el presente caso, dado que como se señaló anteriormente, mediante la Resolución N° 638 del 19 de noviembre de 2009, se liquidó a favor de la demandante, la suma de \$1.573.367 por concepto de reajuste de las cesantías.

Establecido como está que, en efecto, la entidad demandada efectuó un pago tardío del auxilio de cesantías que fuera liquidado a favor de la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago, debe examinarse si la sanción moratoria se suspendió con el pago efectuado el 10 de julio de 2008 o si, por el contrario, ella se mantuvo hasta tanto se pagó totalmente la prestación el 23 de diciembre de 2009.

Al efecto debe señalarse que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, el pago incompleto no extingue la obligación, como se sigue:

⁷ Vencimiento de los 45 días siguientes a la fecha de notificación a la demandante, de la Resolución N° 0270 del 03 de junio de 2005 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución N° 0209 del 21 de abril de 2005 (fl. 293).

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "B" Consejero, sentencia del 7 de septiembre de 2006, Rad. N° 08001-23-31-000- 98-0198-01(3499-01), C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado;



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

“...Para la Sala resulta claro entonces que ante la injustificada omisión de la Administración para reconocer el saldo de esas cesantías, los términos de la Ley 244 de 1995, deben contarse a partir del acto que las liquidó incompletas (Resolución No. 673 de 9 de julio de 1996), para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción”.

En consecuencia, la sanción moratoria debe correr desde el día siguiente al vencimiento de los 45 días siguientes a la ejecutoria del acto que las liquidó incompletas, que para el presente caso ocurrió el **5 de septiembre de 2005, hasta que el derecho fue satisfecho en virtud del pago total; es decir, hasta el 23 de diciembre de 2009.**

Ahora bien, se tiene que al contestar la demanda, el Departamento de Boyacá señaló estar exento de reconocer y pagar a favor de la demandante, la sanción moratoria solicitada por ella, por cuanto dicha entidad territorial no mantuvo ninguna relación laboral con la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago.

Al efecto, y para responder a tal planteamiento, por tratarse de un caso igual al que aquí se resuelve, la Sala hace suyos los lineamientos expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de octubre de 2014, así:

“La entidad pretende eximirse de la responsabilidad en el pago de la sanción aludida, por el hecho de que no mantuvo ninguna relación laboral con la demandante, pues su servicio fue prestado en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá y la obligación a cargo del departamento para el pago de la prestación se originó en la decisión de asumir ciertos pagos a favor de los empleados del citado Hospital con el fin de que no se vieran perjudicados a causa de la liquidación de dicha institución.

Al respecto, es oportuno señalar que el Ministerio de la Protección Social y el departamento de Boyacá en el año 2004 suscribieron el convenio de desempeño para la ejecución del programa de reorganización, rediseño y modernización de la red de prestación de servicios de salud y en el parágrafo de la cláusula segunda se determinó que los recursos otorgados por el Ministerio de Hacienda en la adición presupuestal para el 2004, sería empleados para pagar las indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones del personal a quien se le suprimieran los cargos a causa de tal convenio. El citado convenio fue modificado el 14 de diciembre de 2005¹² y en dicha modificación se incluyó al Hospital San Salvador de Chiquinquirá como institución prestadora del servicio objeto del referido contrato y en el parágrafo de la cláusula cuarta, se señaló:

“Para continuar la ejecución del plan de indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones del personal que prestó sus servicios en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, se incluyen recursos desagregados por fuentes de financiación, por valor total de TRES MIL MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.000) moneda legal colombiana...”

Lo anterior implica que habiéndose dispuesto el presupuesto por parte de las entidades concurrentes, para efecto del pago de las obligaciones prestacionales

sentencia de la Subsección “A” sentencia del 21 de octubre de 2010, Rad. N° 08001-23-31-000-1999-01207-01(1912-08), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



584

Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

de los empleados desvinculados del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, estas debían pagarse en forma oportuna de modo que si la desvinculación de la demandante se produjo a finales del año 2004, la entidad a cargo del pago de sus prestaciones sociales definitivas, debió consignarlas dentro del término previsto en la ley y no exceder, en la forma en que lo hizo, por más de 3 años para el pago de las cesantías y otro año y medio más para el pago del reajuste de las mismas, so pena de hacerse acreedor a la sanción establecida en la ley.

Además, el argumento de que el pago de la obligación estaba sujeto a la apropiación presupuestal correspondiente no es óbice para que la demora en el trámite de ella, llegue a redundar en perjuicio del trabajador, pues por ello se consagran términos perentorios para el reconocimiento y pago de las cesantías y se determina la sanción correspondiente en el evento de que la administración los sobrepase, sin perjuicio de que tal demora fuese consecuencia del trámite para la obtención de los recursos necesarios para el pago (sic a todo)."

Del anterior estudio se colige que en efecto, para el momento en que se efectuó el pago del auxilio de cesantías a la demandante, lo cual se hizo el 10 de julio de 2008, ya había transcurrido un lapso superior al de los 45 días de que trata la norma como plazo para cancelar el valor reconocido a la demandante, el cual venció el 5 de septiembre de 2005, por lo que le asiste el derecho a la demandante, al pago reclamado por concepto de sanción moratoria equivalente a un día de salario por día de retardo.

No obstante, dado que el pago total de las cesantías se produjo el 23 de diciembre de 2009, en atención a lo expuesto por el Consejo de Estado en providencia anteriormente citada, será esta la fecha que debe tenerse como límite a efectos de contabilizar el término hasta el cual debería pagarse la sanción moratoria reclamada, la cual en consecuencia, se causó entre el **6 de septiembre de 2005 y el 22 de diciembre de 2009.**

Así mismo, dado que el Departamento de Boyacá fue el ente encargado del reconocimiento de las prestaciones sociales que resultaren a favor de la demandante, su pago debió hacerse de forma oportuna, más aun cuando en la Resolución N° 209 de 21 de abril de 2005, por medio de la cual se reconocieran estas, dicho ente expresó: *"Que existen las apropiaciones presupuestales y los recursos necesarios para el pago de la deuda laboral antes mencionada"* (fl. 282).

Así entonces, se resalta que la inexistencia de apropiación presupuestal y de un convenio con el Ministerio de Protección Social no es razón que exonere a la entidad demandada del pago de la sanción moratoria pretendida, y que partiendo de la presunción de legalidad y veracidad de los actos administrativos por los cuales se reconoció el auxilio de cesantías, no puede desconocerse que la entidad demandada contaba con los recursos necesarios para el pago de las cesantías.



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

En consecuencia, resulta dable acceder a la solicitud de declaratoria de nulidad del acto demandado por cuanto el mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de la demandante, sanción a la que como se acaba de analizar, le asiste derecho.

No obstante, en virtud de lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, criterio que fuera acogido por el Consejo de Estado en sentencia del 10 de febrero de 2011⁹, se negará la pretensión tercera de la demanda referente a la indexación de las sumas que resultaren, pues la sanción moratoria no persigue la protección del poder adquisitivo del haber del trabajador, sino una pena en contra de la entidad incumplida.

En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-448 de 1996 al examinar la constitucionalidad del párrafo transitorio del artículo 3º de la Ley 244 de 1995 señaló que en materia de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías no cabe la indexación en tanto “...la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, **no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación**, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.”

Finalmente y en virtud de la prosperidad de las pretensiones en cita, se declararán no probadas las excepciones de falta de causa legal para iniciar la acción, buena fe e inexistencia de la obligación, propuestas por la entidad demandada.

7. PRESCRIPCIÓN

Sobre la prescripción en materia de sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, debe señalarse que ha sido criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado que ella ocurre cuando trascurren tres años desde cuando el derecho se ha hecho exigible, en términos de lo previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Al respecto en sentencia del 1º de julio de 2009¹⁰, se expuso lo siguiente:

*“De conformidad con la normatividad que se analiza, la demandante contaba con tres (3) años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de su cesantía definitiva, **el cual debió contar a partir de su causación hasta la fecha en que le fueron efectivamente canceladas**, so pena que le prescribiera su derecho a reclamar la renombrada sanción...”*
(Negrilla de la Sala).

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2011, Rad. N° 08001-23-31-000-2005-02156-01(0910-10), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1º de julio de 2009, Rad. No. 08001-2331-000-2005-01994-01 (2624-07), C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

De igual forma, en sentencia del 22 de enero de 2015¹¹, el Consejo de Estado señaló:

“Debe señalarse que la prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente:

“(…) Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. (...)”

(...)

Lo anterior le permite a la Sala concluir, dando respuesta al primer problema jurídico, que el no pago de la reliquidación de las cesantías reconocidas por la Contraloría Distrital de Barranquilla a favor del demandante por medio de la Resolución No. 0181 de 17 de mayo de 2005, conllevó a que la entidad demandada se hiciese acreedora del pago de la sanción moratoria; lo anterior, porque de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, es responsabilidad de las entidades públicas pagadoras, cancelar al titular del derecho, una sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora a causa del incumplimiento del término de 45 días hábiles para el pago de las cesantías reconocidas.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que el presente caso el demandante solicitó a la Contraloría Distrital de Barranquilla el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías el 22 de febrero de 2012, se puede concluir, que la sanción que hubiere podido causarse antes del 22 de febrero de 2009 se encuentra prescrita de acuerdo con las normas transcritas anteriormente.” (Negrilla de la Sala).

Como se señaló en precedencia, en efecto, la demandante tenía el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, en los términos de la Ley 244 de 1995, teniendo como fechas de causación de dicha sanción, el **6 de septiembre de 2005 y el 22 de diciembre de 2009.**

Por consiguiente, una vez vencido el término de los 45 días con los que contaba la administración departamental para efectuar el pago del auxilio de cesantías, lo cual, según se señaló, ocurrió el 5 de septiembre de 2005, la demandante estaba en su derecho de solicitar a la administración, el reconocimiento y pago de tal sanción correspondiente al pago de un día de salario por cada día de retardo.

Ahora bien, en el presente caso se observa que la petición para el reconocimiento de la sanción moratoria fue presentada por la demandante el 19 de diciembre de 2012, fecha a partir de la cual se interrumpió el término prescriptivo de los 3 años.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 22 de enero de 2015, Rad. N° 080012333000201200045 01-(0062-2014-), C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300496-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

En consecuencia, debe señalarse que los periodos diarios de sanción, anteriores al 19 de diciembre de 2009 han prescrito. Por tanto, únicamente se reconocerán los causados desde el 19 de diciembre de 2009 y hasta el 22 de diciembre de 2009. En conclusión, **la excepción propuesta, prospera parcialmente.**

8. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto anteriormente, la Sala declarará la nulidad del Oficio de fecha 11 de enero de 2013, suscrito por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, por medio del cual negó a la demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantías y en su lugar accederá al reconocimiento de dicha sanción ordenando a la entidad demandada que efectúe el pago de la misma por los periodos comprendidos entre el 19 de diciembre de 2009 y el 22 de diciembre de 2009.

Ahora bien, como quiera que de los documentos obrantes en el plenario no resulta diáfano el monto de la asignación mensual percibida por la demandante para el momento de su retiro, la Sala se abstendrá de efectuar la liquidación del valor que correspondería a la señora Ana Lilia Guerrero Buitrago por la sanción moratoria aquí reconocida, de modo que dicho monto deberá ser liquidado por el ente demandado de conformidad con la asignación básica correspondiente.

9. COSTAS

En cuanto a las costas en esta instancia, es preciso decir que no hay lugar a condenar a ninguno de los sujetos procesales, por cuanto las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente, razón por la cual se dará aplicación a lo previsto en el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P. que establece *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de falta de causa legal para iniciar la acción, buena fe e inexistencia de la obligación propuestas por el Departamento de Boyacá.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por el Departamento de Boyacá, por el período comprendido entre el 6 de septiembre de 2005 y el 18 de diciembre de 2009.



Demandante: Ana Lilia Guerrero Buitrago
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300496-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

TERCERO: DECLARAR la nulidad del Oficio de fecha 11 de enero de 2013 suscrito por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de cesantías, a la señora ANA LILIA GUERRERO BUITRAGO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, el Departamento de Boyacá reconocerá a la señora ANA LILIA GUERRERO BUITRAGO, identificada con cédula de ciudadanía 23.489.427, a título de sanción moratoria un día de salario por cada día de mora desde el **19 de diciembre de 2009 hasta el 22 de diciembre de 2009, dado el fenómeno prescriptivo.** El monto de la sanción deberá ser liquidado por el Departamento de Boyacá atendiendo a la asignación básica mensual percibida por la demandante para el momento de su retiro del servicio.

QUINTO: La cantidad líquida que se reconozca como consecuencia de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia como lo prevé el inciso 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: NEGAR la pretensión tercera, relativa a la indexación de las sumas que se reconozcan por concepto de sanción moratoria.

SÉPTIMO: Sin condena en costas en esta instancia, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO: Una vez en firme esta sentencia, por Secretaría, archívense las diligencias dejando las constancias y anotaciones que sean del caso.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO VÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

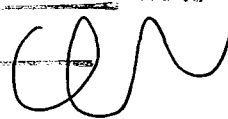
FEDUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

El acto administrativo número 21 de 2019

del 21 de mayo de 2019

Por el cual se...

2019





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

Tunja, **07 FEB 2018**

Demandante	María Leonor Peña de Pinilla.
Demandado	Departamento de Boyacá.
Expediente	150012333000201300525-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	Sentencia de primera instancia – Nulidad del acto administrativo que negó el pago de indemnización moratoria por pago extemporáneo de cesantías.

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adelantado a través de apoderado judicial por la señora María Leonor Peña de Pinilla, en contra del Departamento de Boyacá.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 1 a 16).

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora María Leonor Peña de Pinilla, presentó demanda en contra del Departamento de Boyacá, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo del 11 de enero de 2013, mediante la cual se negó el pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías a que tiene derecho.

1.1. HECHOS

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

- La demandante fue vinculada al Hospital San Salvador de Chiquinquirá el 1º de abril de 1979, en el cargo de auxiliar de laboratorio clínico.
- Mediante concepto No. 1585 de julio 23 de 2004, el Consejo de Estado señaló que el Hospital San Salvador es de naturaleza privada y que sus funcionarios son empleados públicos.
- El Departamento de Boyacá, a través del Decreto 1370 de noviembre 19 de 2004, realiza la desvinculación de los empleados públicos y los



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300525-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

trabajadores oficiales de la mencionada institución ubicada en el municipio de Chiquinquirá.

- En virtud de lo anterior, el Departamento de Boyacá profirió la Resolución No. 283 de 2004, mediante la cual se realizó la liquidación de los salarios, prestaciones sociales y demás haberes laborales adeudados hasta el 21 de noviembre de 2004, indicando como deuda a su favor, la suma de \$33.889.841.
- Como deuda a favor de la demandante por concepto de cesantías, se señaló la suma de \$8.867.344, suma que fue cancelada tan solo hasta el día 23 de noviembre de 2009; es decir que su pago se hizo transcurridos más de 5 años desde que se hiciera su reconocimiento.
- El 19 de diciembre de 2012, la demandante elevó una petición ante el Departamento de Boyacá con el fin de que se reconociera y pagara a su favor, la sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías, petición que le fue resuelta mediante acto del 11 de enero de 2013, notificado el 14 de enero siguiente.
- La respuesta de la administración se enfocó de un lado en señalar que la demandante no interpuso recurso alguno contra el acto de reconocimiento de sus cesantías y que en el mismo quedó contenido que el pago de las mismas se haría una vez se suscribiera el convenio de concurrencia con el Ministerio de Hacienda.
- La mora en el pago de los haberes laborales de la demandante le ha ocasionado diversos perjuicios, entre otros de índole moral, los cuales pusieron en peligro su estabilidad personal y familiar.

1.2. PRETENSIONES

La demandante solicitó lo siguiente:

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo del 11 de enero de 2013, notificado el 14 de enero de 2013, expedido por la Dirección Jurídica – Secretaría General del Departamento de Boyacá, mediante el cual se decidió negativamente su petición de pago de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías.
2. Que a título de restablecimiento se condene al demandado a reconocer y pagar a la demandante, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, de conformidad con la Ley 244 de 1995.
3. Que se condene al Departamento de Boyacá a cancelar intereses reconocidos y establecidos de acuerdo a la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del C.P.A.C.A.



453

Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

4. Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas del proceso.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante citó como normas violadas las siguientes: artículos 1, 2, 6, 25, 29, 42, 53, 58, 123, 124, 125 y 209 de la Constitución Política; Ley 244 de 1995; Ley 50 de 1990; Decreto 1582 de 1998 y Ley 1437 de 2011.

Al efecto, indicó que la falta de pago de la sanción moratoria a que tiene derecho la demandante, irrespeta sus derechos a la dignidad humana, el trabajo, el debido proceso y la vida, además de pasar por alto los fines del Estado y poner en riesgo a su familia.

Adujo que en general, el acto cuya nulidad se demanda, incurre en una desviación de poder por cuanto desconoce derechos de carácter laboral y de contenido económico sin que exista alguna causal para la demora en el pago de las cesantías.

Finalmente, que dicho acto es nulo por estar viciado de falsa motivación, toda vez que en su motivación, la administración se aleja de los cometidos estatales y desconoce normas de carácter nacional aplicables al caso particular.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado de la demanda y a través de apoderada judicial, el Departamento de Boyacá contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la misma por considerar que las mismas carecen de fundamento y causa legal (fls. 144 a 159).

Como argumentos de su defensa planteó que dada la indefinición sobre la naturaleza jurídica del Hospital y sobre la condición del personal vinculado al mismo, el gobernador de Boyacá elevó consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual respondió mediante concepto del 23 de julio de 2004 indicando que se trata de empleados públicos que venían laborando en una entidad de derecho privado.

Señaló que pese a tener la naturaleza de servidores públicos, el Departamento de Boyacá no cuenta con una planta de personal habilitada en el Municipio de Chiquinquirá ni en el departamento de manera que ello permita la incorporación formal de estos servidores.

Indicó que ello hizo necesario efectuar la desvinculación de algunos empleados de la planta de cargos de la administración departamental, lo cual hizo posible adelantar las gestiones necesarias para reconocer y ordenar el



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300525-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

pago de la deuda salarial y prestacional a que tienen derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales y demás condiciones de su vinculación, así como el reconocimiento y pago de la indemnización para los empleados públicos de carrera que opten por esta, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

Señaló que mediante Convenio de Desempeño N° 00179 celebrado entre La Nación – Ministerio de la Protección Social y el Departamento de Boyacá, se fijaron las condiciones bajo las cuales el departamento se comprometió a implementar las acciones requeridas para ejecutar el plan de indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones del personal que prestó sus servicios en el hospital, y garantizar la destinación del crédito de presupuesto por la Nación.

Afirmó que una vez firmados los convenios de concurrencia con los Ministerios de Hacienda y de Protección Social, el Departamento de Boyacá reconoció y pagó a la demandante, los valores que le adeudaba, y de allí puede deducirse que los mismos le fueron cancelados con el reajuste del año 2004.

Refirió que es claro que la demandante no es ni ha sido empleada de la Gobernación de Boyacá y por tanto, la aplicación de la mora es improcedente, pues si bien, el departamento asumió algunos pagos de buena fe para no afectar a los empleados del hospital, no puede atribuírsele negligencia o responsabilidad, ya que se encontraba solucionando una situación que no era de su competencia.

Aseveró que la sanción moratoria no procede de pleno derecho sino que debe probarse la mala fe, situación que no sucede en este caso pues el Departamento de Boyacá actuó de forma diligente para conseguir los recursos necesarios para amparar las obligaciones contraídas por el hospital.

Indicó que el acto que se demanda no puede ser tenido en cuenta como un acto administrativo sino como uno de mero trámite pues en dicho oficio no se hace otra cosa que informar la decisión adoptada por la administración departamental, pero no contiene en sí mismo una decisión.

Concluyó que el Departamento de Boyacá no ha querido en forma alguna, atropellar los derechos de la demandante sino que actuó con lealtad al proteger los intereses de los trabajadores del hospital suscribiendo un convenio de concurrencia a fin de obtener los recursos necesarios para cumplir con los salarios de los trabajadores del Hospital San Salvador de Chiquinquirá.

Propuso como excepciones las siguientes:

- ***Caducidad de la acción:*** señaló que vistas las fechas de expedición del acto, así como las fechas en que se dio a conocer su contenido



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300525-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

mediante la notificación, se observa claramente que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caducó dado que transcurrieron más de 4 meses sin que se hubiese presentado la demanda.

- **Falta de causa legal para iniciar la acción:** señaló que tanto la desvinculación de la demandante, como la supresión de cargos y la reestructuración de la entidad, se hicieron con sujeción a las normas y preceptos legales, y no obedecieron a razones caprichosas o infundadas por parte de la Gobernación.
- **Indebida acumulación de pretensiones:** indicó que la demandante pretende que se ventile por la misma cuerda procesal el juicio de nulidad del oficio del 11 de enero de 2013 a través del cual se le da respuesta por parte de la administración departamental.
- **El oficio objeto de la impugnación no constituye propiamente un acto administrativo:** señaló que el acto que se demanda no puede ser tenido en cuenta como un acto administrativo sino como uno de mero trámite pues en dicho oficio no se hace otra cosa que informar la decisión adoptada por la administración departamental, pero no contiene en sí mismo una decisión.
- **Falta de legitimación en la causa por pasiva - requisito de procedibilidad:** señaló que del acto por medio del cual se nombró a la accionante, así como del acta de posesión y los documentos que componen su hoja de vida, se infiere que quien ostenta la calidad de empleador es el Hospital San Salvador de Chiquinquirá y no el Departamento de Boyacá.

Adujo que no está probado ni establecida la relación jurídica por la cual se llame al Departamento de Boyacá a responder y por tanto, las pretensiones de la demanda están llamadas a no prosperar pues deben invocarse en contra de quien funge realmente como empleador.

- **Buena fe:** señaló que el Departamento de Boyacá obró de buena fe, al punto que en la Resolución N° 0283 de 2004, le indicó a la demandante que una vez se suscribiera el convenio de concurrencia se realizarían los trámites necesarios para el pago.
- **Inexistencia de la obligación:** señaló que la demandante no acredita haber agotado trámite administrativo alguno para lograr la cancelación de dicha sanción, por lo que no puede automáticamente derivarse una sanción moratoria.
- **Prescripción de la acción:** señaló la sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto que ordena la liquidación de las cesantías



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

definitivas y lo que pretende la demandante en este caso es revivir la oportunidad para presentar la demanda por la sanción moratoria.

- ***Innominada o genérica.***

3. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

La demanda fue presentada para reparto el 25 de junio de 2013 (fl. 34), correspondiendo su conocimiento al Despacho N° 5 Mixto de este Tribunal, el cual mediante proveído del 11 de julio de 2013 la inadmitió por adolecer de algunos defectos (fls. 36 - 37).

Subsanados los defectos (fls. 40 - 59), mediante auto del 29 de agosto de 2013 se consideró necesario requerir a la parte demandante a fin de que precisara algunos aspectos con el fin de poder determinar la competencia para conocer del asunto (fls. 62 - 63).

Posteriormente, mediante auto del 25 de septiembre de la misma anualidad, el despacho en mención dispuso remitir las diligencias a la jurisdicción ordinaria laboral a fin de que esta asumiera su conocimiento, por considerar que la competencia no radicada en esta jurisdicción contencioso administrativa (fls. 85 - 90).

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja, el cual, mediante auto del 12 de diciembre de 2013 suscitó el conflicto negativo de competencias por considerar que tampoco resultaba competente para conocer del presente asunto, sino que la competencia radica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (fls. 111 - 114).

Dicho conflicto fue resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a través de auto del 17 de septiembre de 2014, asignando la competencia para conocer, a este Tribunal Administrativo (fls. 5 a 11 anexo 1).

Avocado el conocimiento del asunto, el Despacho N° 5 de este Tribunal, dispuso admitir la demanda, lo cual se hizo mediante auto del 13 de febrero de 2015 (fl. 118).

La notificación personal de la demanda a la demandada y demás intervinientes se surtió el 24 de marzo de 2015 (fls. 126 - 127), no obstante, encontrándose el proceso en traslado para contestar demanda, a través de auto de 08 de mayo de 2015, se dispuso el envío de las diligencias a los Despachos 704 y 705 de Descongestión del Tribunal Administrativo, para que continuaran su conocimiento en virtud del Acuerdo PSAA15-10335 del 29 de abril de 2015 (fl. 129).



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Es así como el Despacho No. 705 Oral de Descongestión de esta corporación, mediante auto de 12 de junio de 2015, dispuso avocar conocimiento y reanudar el termino para contestar demanda (fl. 134).

Encontrándose dentro del término dado para ello, el Departamento de Boyacá a través de apoderada judicial contestó la demanda (fls. 144 a 159).

El término de traslado de las excepciones propuestas se corrió entre el 20 de agosto de 2015 y el 24 de agosto de 2015 (fl. 358).

Posteriormente, según Acuerdo No. PSAA15-10413 de 30 de noviembre de 2015, se suprimió el Despacho No. 705 y con ocasión del Acuerdo No. PSAA15-10402 de 29 de octubre de 2015, el conocimiento de las presentes diligencias correspondió a este Despacho N° 6, el cual avocó conocimiento de las mismas mediante auto del 22 de febrero de 2016 (fl. 364).

Es así como una vez vencido el traslado de las excepciones, el Despacho de conocimiento dispuso fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A (fl. 378).

Dicha audiencia tuvo lugar el 17 de febrero de 2017 y en ella se adelantaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación y decreto de pruebas, resolviéndose su suspensión para recepcionar las pruebas decretadas (fls. 383 a 386).

Adelantada la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones finales (fls. 434 a 435).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandada:

Presentó alegaciones solicitando se declare la prosperidad de la excepción de prescripción por considerar que en el presente caso, a la demandante se le reconocieron las cesantías mediante la Resolución N° 0283 de 2005 y confirmada por la Resolución No. 371 del 23 de septiembre de 2005 y de acuerdo con las normas aplicables al caso, la administración contaba con 45 días hábiles para efectuar dicho pago (fls. 438 a 440).

Adujo que el tiempo transcurrido desde el día en que quedó en firme el acto de reconocimiento de las cesantías y el pago efectivo de las cesantías superó los 3 años a que se refiere la ley y dado que la sanción moratoria se causa día a día, cada una de ellas va prescribiendo de forma independiente.

Sostuvo que como la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria fue elevada el 19 de diciembre de 2012, los días causados con



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

anterioridad al 19 de diciembre de 2009 se encuentran prescritos y en ese orden, la sanción reclamada por la parte demandante, está prescrita.

4.2. Parte demandante:

Presentó alegaciones solicitando se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda (fls. 441 a 448).

Aseveró que en el plenario quedó demostrado que el Departamento de Boyacá efectuó el pago tardío de las cesantías de la demandante y por tanto, no existe duda que está obligada a reconocer y pagar a favor de la demandante, la sanción de que trata la Ley 244 de 1995.

Se refirió a la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada y señaló que la forma en que esta la sustentara en su momento, da lugar a pensar que lo que pretendía atacar era el tiempo con que contaba la demandante para ejercer su derecho de acción, más no a atacar al derecho como tal.

Resaltó que en este caso, no puede este tribunal declarar oficiosamente la excepción de prescripción cuando fue sustentada en forma indebida, pues el Código Civil señala que ello no procede de oficio.

Aseveró que esta sanción no puede ni debe tener término de prescripción en atención al principio de favorabilidad, pues se trata de una sanción consagrada a favor del trabajador que queda cesante en su vida laboral, y si en algún momento debiera aplicársele sanción alguna, no sería otra que la que prevé el derecho sancionatorio de la Ley 610 de 2000 por el transcurso del lapso de 5 años, pues se trata de una sanción y no de una prestación social.

Por último, resaltó que la Ley 244 de 1995 no contempla ninguna prescripción para esta sanción y que al tratarse de un asunto de carácter laboral, deben primar los principios y derechos que se han consagrado en esta materia.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

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

- ¿Asiste el derecho subjetivo a la demandante, **María Leonor Peña de Pinilla**, vinculada entre el 1 de abril de 1979 y el 21 de noviembre de 2004, como auxiliar de laboratorio clínico en el Hospital San Salvador



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300525-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

de Chiquinquirá, al reconocimiento y pago de indemnización moratoria por pago extemporáneo de cesantías?

- ¿Cuáles son las normas aplicables en materia de reconocimiento y pago de indemnización moratoria por pago extemporáneo de cesantías en atención al vínculo de la demandante?

2. TESIS DEL CASO SUB EXAMINE

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

2.1. Tesis argumentativa de la parte demandante

Considera que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, por cuanto en el proceso quedó demostrado que el Departamento de Boyacá efectuó el pago tardío de su auxilio de cesantías, pero a tal pago no puede aplicársele la prescripción de derechos, como quiera que no se trata de una prestación social, sino de una sanción impuesta por la ley en contra del empleador moroso y a favor del trabajador, por lo que debe darse aplicación a los principios del derecho laboral, en especial, el principio de favorabilidad.

2.2. Tesis argumentativa de la parte demandada

Considera que la demandante no tiene derecho alguno al pago de la sanción moratoria reclamada por cuanto el Departamento de Boyacá actuó de buena fe al indicarle que el pago de su auxilio de cesantías se haría una vez se suscribiera el convenio de cofinanciación con los Ministerios de Hacienda y de Protección Social, como finalmente se hizo.

Adujo que en todo caso, de tener derecho al pago de dicha sanción, el mismo no está a cargo del Departamento de Boyacá puesto que el vínculo laboral de la demandante fue con el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, y en gracia de discusión, frente a tal sanción ya operó el fenómeno de la prescripción.

2.3. Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala declarará la nulidad del Oficio de fecha 11 de enero de 2013, suscrito por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, por medio del cual negó a la demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantías por considerar que se encuentra demostrado el retardo de la administración en efectuar los pagos correspondientes al auxilio definitivo de cesantías de la señora en cuestión.



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

No obstante, dirá que se encuentran prescritos los periodos correspondientes a la sanción moratoria entre el 19 de mayo de 2005 y el 18 de diciembre de 2009, por lo que accederá al reconocimiento de la sanción por los periodos comprendidos entre el 19 de diciembre de 2009 y el 22 de diciembre de 2009.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: *i)* De la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, *ii)* del pago condicionado a la existencia de apropiación presupuestal y a la existencia de un convenio con el ministerio de protección social, y, *iii)* el caso concreto.

3. DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO OPORTUNO DEL AUXILIO DE CESANTÍAS

El auxilio de cesantías definitivo ha sido entendido por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, como una prestación social de carácter especial que se constituye en un ahorro forzado para el trabajador, para atender sus necesidades en caso de quedar cesante, prestación que se debe pagar al empleado al finalizar la relación laboral, y es por ésta razón que el legislador ha ideado mecanismos para garantizar que al servidor público cuyo vínculo laboral se da por terminado, se le paguen las cesantías a las que tiene derecho de forma oportuna y sin dilaciones por parte de la administración.

En el contexto anterior surgió la Ley 244 de 1995, que estableció el procedimiento que debe adelantar la administración a efectos de liquidar el auxilio de cesantías definitivo. En efecto, el artículo primero ibídem establece:

“Artículo 1º. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo” (Destacado por la Sala).

Así, el artículo 2º de la referida ley, establece que una vez proferida la resolución de liquidación del auxilio de cesantías, el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad. N° 25000-23-25-000-2011-00622-01(1674-13), C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

“Artículo 2°. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.” (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, en el evento en que la administración incumpla los términos antes referidos, el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, consagra la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías definitivo, en los siguientes términos:

“Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.” (Destacado de la Sala).

Posteriormente, la Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, extendiendo la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías no solamente a las definitivas sino también a las cesantías parciales, dejando incólume los términos con que cuenta la entidad a efectos del reconocimiento y pago de dicha prestación, tal como se observa a continuación:

“Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo” (Destacado de la Sala).

“Artículo 5. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario,



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300525-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.” (Destacado de la Sala)

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 27 de marzo de 2007, precisó el momento a partir del cual se debe contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías bien sea parciales como definitivas, en los siguientes términos:

*“(…) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, **más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.***

(…)

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (...)” (Destacado de la Sala)

El anterior criterio fue reiterado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 14 de diciembre de 2015³, en la cual indicó:

*“(…) Bajo tal entendimiento, la Sala⁴ ha venido reiterando que en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, **en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud**, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción (…)”* (Destacado de la Sala)

En síntesis, el pronunciamiento tardío de la entidad en relación con la solicitud de pago del auxilio de cesantías ya sea definitivo o parcial, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, y en tal caso, **la sanción se contabilizará a partir de la fecha de la solicitud**,

² Sentencia de 27 de marzo de 2007, Exp. No. 760012331000200002513 01. (2777-2004), C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 14 de diciembre de 2015, Rad. N° 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Sentencias del 28 de enero de 2010, No. Interno: 2266-08, y 28 de junio de 2012 No. 1682-2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, entre otras.



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
 Demandado: Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo.

4. PAGO CONDICIONADO A LA EXISTENCIA DE APROPIACIÓN PRESUPUESTAL Y A LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO CON EL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL

Sea lo primero señalar que existe una clara línea jurisprudencial conforme a la cual, **el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías no puede someterse a la existencia de apropiaciones presupuestales, puesto que tales prestaciones corresponden a derechos constitucionales fundamentales de los trabajadores y su condicionamiento es contrario a los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución.** Así por ejemplo, se encuentran las Sentencias C-428 de 1997, T-228 de 1997, T-419 de 1997 y C-006 de 2012.

Sobre este asunto, en la sentencia C-006 de 2012 acabada de citar, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 38 de la Ley 1420 de 2010 considerando lo siguiente:

*“... Si bien las operaciones de pago de las cesantías parciales deben efectuarse en todo caso en el marco de los presupuestos públicos correspondientes, **el reconocimiento, liquidación y pago de tales prestaciones no pueden estar sujetos ni condicionados a que existan recursos para apropiar en las partidas correspondientes**, ya que tal condicionamiento es contrario a los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Política, entre otros. En últimas, nota la Corte que esta perspectiva es coherente con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, reformado por el artículo 1º del Acto Legislativo 03 de 2011 “por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”. En el párrafo de dicho artículo se consagra “[a]l interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”. La voluntad del Constituyente fue, a este respecto, clara y manifiesta: otorgar una prevalencia clara a los derechos fundamentales, **que incluyen el derecho al cumplimiento de los fallos judiciales, acuerdos conciliatorios y derechos laborales mínimos como las cesantías parciales, por encima de las consideraciones de disponibilidad de recursos, los cálculos de costo y beneficio o las razones de sostenibilidad fiscal, ya que la sostenibilidad fiscal es importante como criterio para avanzar en los derechos, pero no para obstaculizar su protección...**”*

Ahora bien, se tiene que la razón aducida por el Departamento de Boyacá en casos como el que ocupa la atención de la Sala, para excusar la falta de pago oportuno del auxilio de cesantías, tiene relación con la existencia de un contrato de concurrencia numerado 001 de 2007, el cual fuera suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Boyacá, el Municipio de Chiquinquirá y el Hospital San Salvador de Chiquinquirá.

Del mismo se colige que fue suscrito con fundamento en lo dispuesto por las Leyes 60 de 1993 en su artículo 33, y, 100 de 1993 en su artículo 242 y tuvo



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

como objeto la distribución de los recursos del Fondo de Pasivo Prestacional del Sector Salud y su objeto, según la cláusula primera, fue determinar la concurrencia económica de cada entidad en el pasivo prestacional por concepto de cesantías y pensiones causado a 31 de diciembre de 1993.

En relación con la entidad que resulta obligada en virtud de este tipo de convenios, la Corte Constitucional en la Sentencia T-620 de 2007 señaló:

*“...Al respecto en materia pensional la Corte Constitucional en Sentencia T-136 de 2006, estudiando el tema de la responsabilidad de las entidades de salud, de la Nación y de las entidades territoriales (Departamento de Santander), consideró que al existir un convenio de concurrencia en el marco de la Ley 60 de 1993 y de la Ley 715 de 2001, le correspondía a estas tres entidades concurrir al financiamiento de la deuda por este concepto. De lo cual podemos concluir a contrario sensu que **ante la inexistencia de un convenio en este sentido la persona obligada debe ser el último empleador, es decir la entidad de salud correspondiente, que de acuerdo con el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 debía seguir pagando y presupuestando estas sumas de dinero a sus trabajadores.**” (Resaltado fuera de texto).*

Por su parte el Consejo de Estado⁵ señaló *“que habiéndose dispuesto el presupuesto por parte las entidades concurrentes, para efecto del pago de las obligaciones prestacionales de los empleados desvinculados del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, estas debían pagarse en forma oportuna de modo que si la desvinculación de la demandante se produjo a finales del año 2004, la entidad a cargo del pago de sus prestaciones sociales definitivas, debió consignarlas dentro del término previsto en la ley y no exceder, en la forma en que lo hizo, por más de 3 años.”*

En conclusión, la inexistencia de apropiación presupuestal y de un convenio con el Ministerio de Protección Social no es razón que exonere a la entidad demandada del pago de la sanción moratoria pretendida puesto que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías no puede someterse a la existencia de apropiaciones presupuestales toda vez que tales prestaciones corresponden a derechos constitucionales fundamentales de los trabajadores cuyo condicionamiento es contrario a los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Política.

5. LOS ELEMENTOS PROBATORIOS

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

- La demandante a través de apoderado judicial dirige escrito al Gobernador del Departamento de Boyacá, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A”, sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad. N° 15001 23 33 000 2012 00212 01 (3120-13), C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300525-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

de las cesantías reconocidas en las Resoluciones Nos. 283 de 2004 y 561 de 2009 (fls. 26 a 28).

- En virtud de ello, mediante oficio 001097 del 11 de enero de 2013, el Director Jurídico del Departamento de Boyacá resuelve negativamente la solicitud de la parte demandante en el sentido de que se le cancele la sanción moratoria por pago extemporáneo del auxilio de cesantías (fls. 24 y 25).
- Por medio de la Resolución N° 168 del 16 de abril de 1979, el Director del Hospital San Salvador de Chiquinquirá nombró a la señora María Leonor Peña de Pinilla como vacunadora, con retroactividad al 1° de abril de 1979 (fl. 160).
- Igualmente obra copia del acta de posesión de la demandante en el cargo de vacunadora, la cual fuese calendada el 19 de abril de 1979, (fl. 173).
- Reposa copia del oficio del 19 de noviembre de 2004 dirigido por el Secretario General del Departamento de Boyacá a la señora María Leonor Peña de Pinilla, informándole la terminación de su relación legal y reglamentaria con la administración (fl. 260).
- Según escrito presentado por la señora María Leonor Peña de Pinilla, ante la Secretaria General del Departamento de Boyacá el 16 de diciembre de 2004, pide se le cancele la liquidación como funcionaria del Hospital San Salvador de Chiquinquirá (fls. 263 a 265).
- Por su parte el Departamento de Boyacá, mediante la Resolución N° 283 del 29 de diciembre de 2004, reconoce y ordena el pago de los salarios y prestaciones sociales de la señora María Leonor Peña de Pinilla, por valor de \$33.889.841, incluido el valor de cesantías que asciende a la suma de \$8.867.344 (fls. 266 a 269).
- En contra de la mencionada Resolución No. 283 de 2004, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, conforme el escrito del 5 de enero de 2005 (fls. 280 a 287).
- El Secretario General del Departamento de Boyacá, expidió la Resolución N° 0101 del 05 de marzo de 2005 por medio de la cual, resolvió el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la Resolución N° 0283 de 2004, confirmándola en todas sus partes (fls. 291 a 294).
- Con la Resolución N° 287 del 29 de diciembre de 2004, el Departamento ordenó el pago de sueldos adeudados a la demandante con ocasión a



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300525-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

su retiro de la administración, cuya suma asciende a \$1.954.884 (fls. 271 a 278).

- Posteriormente, el Gobernador de Boyacá a través de la Resolución No. 00118 de 16 de mayo de 2005, rechaza el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución N° 0283 de 2004 (fl. 301 a 302).
- Mediante oficio de fecha 15 de marzo de 2005, el Secretario General del Departamento de Boyacá le informa a la demandante que no es posible acceder a la solicitud de reintegro, como tampoco al pago de indemnización (fl. 296).
- El Secretario General del Departamento de Boyacá, profirió la Resolución N° 0683 del 16 de noviembre de 2007 por medio de la cual, ordenó el pago por concepto de reajuste de salario y prestaciones sociales correspondiente al periodo comprendido entre el 1° de enero y el 21 de noviembre de 2004, por la suma de \$706.238 (fls. 342 - 343).
- De acuerdo a la copia de la Resolución N° 0561 del 19 de noviembre de 2009, se reconoció y ordenó el pago por concepto de reajuste de cesantía, por valor de \$1.591.224 (fls. 344 - 345).
- Obra copia de contrato de concurrencia N° 001 de 2007, suscrito entre la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Boyacá, el Municipio de Chiquinquirá y el Hospital San Salvador de Chiquinquirá (fls. 354 - 357).
- Por otro lado, el Subdirector Operativo de Presupuesto del Departamento de Boyacá, con oficio del 21 de febrero de 2017, informa que la entidad territorial no recibió giros de recursos provenientes del convenio de concurrencia No. 001 de 2007 (fls. 404 a 405).
- Copia del Convenio de desempeño N° 00179 para la reorganización, rediseño y modernización de las redes de prestación de servicios de salud, suscrito entre el Departamento de Boyacá y el Ministerio de la Protección Social (fls. 406 a 413).
- Conforme el oficio de 23 de febrero de 2017 suscrito por el Tesorero General del Departamento de Boyacá, se informa los montos y fechas de pago de las sumas reconocidas a la demandante por concepto de cesantías y reajuste de cesantías (fl. 419).
- Copia de planilla de pagos efectuados por el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, entre los cuales se reseña el pago efectuado a la demandante por cesantías el 10 de julio de 2008 por la suma de \$8.867.344 (fl. 420).



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300525-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

- Igualmente reposa copia de recibo de consignación del Banco Davivienda, por la suma de \$1.591.224 a nombre de la señora María Leonor Peña de Pinilla (fl. 421).
- Copia de extractos bancarios de la cuenta de ahorros correspondiente a la señora María Leonor Peña de Pinilla en el Banco Davivienda, de los meses de julio a diciembre de 2008 y del mes de diciembre de 2009 (fls. 422 a 429).
- Oficio del 7 de abril de 2017 suscrito por el Tesorero General del Departamento de Boyacá, por medio del cual se informa las fechas en que fueron recibidos por el Departamento, los recursos provenientes del convenio de desempeño 00179 (fls. 432 a 433).

6. CASO CONCRETO

En relación con el caso concreto, sea lo primero señalar que según se infiere de las probanzas allegadas por las partes, la señora María Leonor Peña de Pinilla estuvo vinculada al Hospital San Salvador de Chiquinquirá desde el 1º de abril de 1979 hasta el 21 de noviembre de 2004 (fls. 160, 260 y 271 a 278).

En relación con la naturaleza jurídica del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, se tiene que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto del 23 de julio de 2004⁶, al abordar dicho aspecto, así como la calidad legal de los trabajadores del hospital y si las prestaciones sociales de los trabajadores podían pagarse mediante dación en pago con las instalaciones, enseres y cesión de los derechos de posesión, concluyó lo siguiente:

“1. El Hospital San Salvador de Chiquinquirá es una institución de naturaleza privada que en virtud de la organización del Sistema Nacional de Salud, recibió aportes del Estado para su sostenimiento, los que se utilizaron en el pago de los salarios de sus servidores (recurso humano), y en la construcción y/o adecuación de su infraestructura, dotación de recursos técnicos y financieros.

2. Las personas que han venido laborando en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá son, en su gran mayoría, empleados públicos y, por ende, tienen todos los derechos que la ley les reconoce por su calidad de tales, sin perjuicio naturalmente de que al estudiar las situaciones individuales se encuentren servidores vinculados por contrato de trabajo bajo las disposiciones de la ley 10ª de 1990 y

3. La figura jurídica de la dación en pago, aunque es un mecanismo general apto para extinguir las obligaciones, no representa una alternativa viable en este caso dado el carácter público de los bienes que integran el patrimonio o los recursos del Hospital, sobre los cuales no se tiene libre disposición”.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto No. 1585 de 23 de julio de 2004, M.P. Dra. Susana Montes de Echeverri.



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300525-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

En virtud de dicho concepto, el Departamento de Boyacá, mediante oficio del 19 de noviembre de 2004 comunicó a la demandante, su decisión de desvincularla de dicho ente (fl. 260), así:

“Teniendo en cuenta lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado en concepto N° 1.585 del 23 de Julio de 2004, por medio del presente escrito le comunicamos que mediante Decreto número 1370 del 19 de Noviembre de 2004, expedido por el Gobernador de Boyacá, se decretó terminar su relación legal y reglamentaria con el Departamento de Boyacá y su consecuencial desvinculación de la Administración Departamental, habida consideración que venía laborando en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, entidad de naturaleza jurídica privada (...)”.

Una vez terminada la relación laboral de la demandante, el Departamento de Boyacá a través de su Secretario General expidió la Resolución No. 283 del 29 de diciembre de 2004 mediante la cual reconoció a su favor, los salarios y prestaciones sociales adeudadas y entre las sumas debidas, se liquidaron \$8.867.344 por concepto de auxilio de cesantías (fls. 266 a 270).

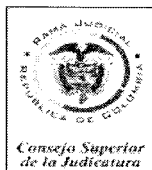
Contra dicho acto, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, para tal efecto, el Secretario General del Departamento de Boyacá mediante la Resolución No. 0101 del 05 de marzo de 2005, confirmó en todas sus partes el acto recurrido (fls. 291 a 294), y por su parte, el Gobernador a través del acto administrativo No. 00118 de 16 de mayo de 2005, resolvió rechazar el recurso de apelación (fls. 301 a 302).

Es así como el monto de cesantías reconocido mediante la Resolución No. 283 del 29 de diciembre de 2004, fue pagado a la cuenta de ahorros de la demandante el 10 de julio de 2008, según consta en la certificación expedida por el Tesorero General del Departamento de Boyacá (fl. 419).

Posteriormente, mediante la Resolución No. 00561 del 19 de noviembre de 2009 se reconoció el reajuste de cesantías a favor de la demandante por valor de \$1.591.224 (fls. 344 - 345), suma que fue cancelada el 23 de diciembre de 2009 (fls. 419 y 421).

El 19 de diciembre de 2012, la demandante radicó ante la Gobernación de Boyacá, solicitud tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria causada por el pago extemporáneo de sus cesantías (fls. 26 a 28), solicitud que le fue resuelta negativamente mediante el oficio del 11 de enero de 2013 (fls. 24 y 25).

Como se señaló líneas atrás, los artículos 1° y 2° de la Ley 244 de 1995 indican que dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, y, a partir de la fecha en que quede en firme el acto, la entidad pública pagadora tendrá un plazo



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300525-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

máximo de 45 días hábiles, para cancelar el monto que resultare por tal concepto.

En igual sentido, señala la norma que en caso de mora en el pago de las cesantías, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.

En este punto, valga precisar que a folios 244 y 245 obra formato de retiro de cesantías del Fondo de Cesantías Colfondos, así como copia de la Resolución N° 529 del 18 de abril de 2000, por medio de la cual, el interventor del Hospital San Salvador de Chiquinquirá autoriza a Colfondos, el pago de la suma de \$14.000.000 por concepto de cesantías parciales a favor de la demandante.

Al respecto, si bien en principio podría pensarse que dichos documentos denotan que la demandante se encontraba vinculada al régimen anualizado de cesantías, considera la Sala que los mismos no constituyen plena prueba de tal situación como quiera que de un lado no se tiene certeza de que la demandante haya manifestado su voluntad de efectuar el cambio de régimen de cesantías, y de otro lado, al momento de liquidarse las cesantías parciales, no se indicó que la señora en cuestión perteneciera al régimen anualizado de cesantías.

De otro lado, si se examina el contenido de la Resolución N° 283 de 29 de diciembre de 2004 por la cual se reconoce y ordena el pago de salarios y prestaciones sociales, el auxilio de cesantías correspondiente a la señora María Leonor Peña de Pinilla se liquidó tomando como base el último salario devengado por ella a la fecha de desvinculación de la entidad (año 2004) y por la totalidad del tiempo transcurrido entre su vinculación a la entidad en el año 1979 y su retiro en el año 2004, más no se efectuó una liquidación anualizada.

Adicionalmente a lo anterior, debe resaltarse que el régimen aplicable a la liquidación del auxilio de cesantías de la demandante no fue objeto de debate en este proceso, como tampoco al momento de notificársele a la demandante la liquidación definitiva, tanto así que la sanción moratoria cuya aplicación se solicita es la dispuesta en la Ley 244 de 1995; es decir, la prevista para el pago tardío de cesantías en el régimen retroactivo, por lo que a efectos de determinar si le asiste a la demandante el derecho al pago de la sanción moratoria solicitada, se le tendrá como beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías.

Esclarecido lo anterior, se observa que en el presente caso, si bien, la demandada reconoció a la demandante las cesantías mediante Resolución No. 283 del 29 de diciembre de 2004, tan solo



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

realizó el pago de las mismas hasta el 10 de julio de 2008 y 23 de diciembre de 2009, siendo que el término para ello vencía el 19 de mayo de 2005⁷.

En consecuencia, debe señalarse que el pago del valor correspondiente al auxilio de cesantías se hizo más allá del término de los 45 días que consagra la norma para que se entienda realizado en forma oportuna, situación que impone a cargo de la entidad, la obligación de reconocer y pagar la sanción moratoria por el pago tardío de las mismas, sanción que surge por el solo hecho de la demora en el pago, sin que sea necesario demostrar mala fe de la entidad.

Ahora bien, la Ley 244 de 1995 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por el pago inoportuno de una diferencia de cesantías o de reliquidación de las mismas, sino por el pago inoportuno del auxilio de cesantías, bien sean parciales o definitivas, lo cual resulta importante en el presente caso, dado que como se señaló anteriormente, mediante la Resolución N° 0561 del 19 de noviembre de 2009 se liquidó a favor de la demandante, la suma de \$1.591.224 por concepto de reajuste de las cesantías.

Establecido como está que, en efecto, la entidad demandada efectuó un pago tardío del auxilio de cesantías que fuera liquidado a favor de la señora María Leonor Peña de Pinilla, debe examinarse si la sanción moratoria se suspendió con el pago efectuado el 10 de julio de 2008 o si, por el contrario, ella se mantuvo hasta tanto se pagó totalmente la prestación el 23 de diciembre de 2009.

Al efecto debe señalarse que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, el pago incompleto no extingue la obligación, como se sigue:

“...Para la Sala resulta claro entonces que ante la injustificada omisión de la Administración para reconocer el saldo de esas cesantías, los términos de la Ley 244 de 1995, deben contarse a partir del acto que las liquidó incompletas (Resolución No. 673 de 9 de julio de 1996), para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción”.

En consecuencia, la sanción moratoria debe correr desde el día siguiente al vencimiento de los 45 días siguientes a la ejecutoria del acto que las liquidó incompletas, que para el presente caso ocurrió el **19 de mayo de 2005, hasta que el derecho fue satisfecho en virtud del pago total; es decir, hasta el 23 de diciembre de 2009.**

⁷ Vencimiento de los 45 días siguientes a la fecha de notificación a la demandante, de la Resolución N° 0101 del 05 de marzo de 2005 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución N° 0283 del 29 de diciembre de 2004 (fl. 294).

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “B” Consejero, sentencia del 7 de septiembre de 2006, Rad. N° 08001-23-31-000- 98-0198-01(3499-01), C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado; sentencia de la Subsección “A” sentencia del 21 de octubre de 2010, Rad. N° 08001-23-31-000-1999-01207-01(1912-08), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Ahora bien, se tiene que al contestar la demanda, el Departamento de Boyacá señaló estar exento de reconocer y pagar a favor de la demandante, la sanción moratoria solicitada por ella, por cuanto dicha entidad territorial no mantuvo ninguna relación laboral con la señora María Leonor Peña de Pinilla.

Al efecto, y para responder a tal planteamiento, por tratarse de un caso igual al que aquí se resuelve, la Sala hace suyos los lineamientos expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de octubre de 2014, así:

"La entidad pretende eximirse de la responsabilidad en el pago de la sanción aludida, por el hecho de que no mantuvo ninguna relación laboral con la demandante, pues su servicio fue prestado en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá y la obligación a cargo del departamento para el pago de la prestación se originó en la decisión de asumir ciertos pagos a favor de los empleados del citado Hospital con el fin de que no se vieran perjudicados a causa de la liquidación de dicha institución.

Al respecto, es oportuno señalar que el Ministerio de la Protección Social y el departamento de Boyacá en el año 2004 suscribieron el convenio de desempeño para la ejecución del programa de reorganización, rediseño y modernización de la red de prestación de servicios de salud y en el parágrafo de la cláusula segunda se determinó que los recursos otorgados por el Ministerio de Hacienda en la adición presupuestal para el 2004, sería empleados para pagar las indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones del personal a quien se le suprimieran los cargos a causa de tal convenio.

El citado convenio fue modificado el 14 de diciembre de 2005¹² y en dicha modificación se incluyó al Hospital San Salvador de Chiquinquirá como institución prestadora del servicio objeto del referido contrato y en el parágrafo de la cláusula cuarta, se señaló:

"Para continuar la ejecución del plan de indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones del personal que prestó sus servicios en el Hospital San Salvador de Chiquinquirá, se incluyen recursos desagregados por fuentes de financiación, por valor total de TRES MIL MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.000) moneda legal colombiana..."

Lo anterior implica que habiéndose dispuesto el presupuesto por parte de las entidades concurrentes, para efecto del pago de las obligaciones prestacionales de los empleados desvinculados del Hospital San Salvador de Chiquinquirá, estas debían pagarse en forma oportuna de modo que si la desvinculación de la demandante se produjo a finales del año 2004, la entidad a cargo del pago de sus prestaciones sociales definitivas, debió consignarlas dentro del término previsto en la ley y no exceder, en la forma en que lo hizo, por más de 3 años para el pago de las cesantías y otro año y medio más para el pago del reajuste de las mismas, so pena de hacerse acreedor a la sanción establecida en la ley.

Además, el argumento de que el pago de la obligación estaba sujeto a la apropiación presupuestal correspondiente no es óbice para que la demora en el trámite de ella, llegue a redundar en perjuicio del trabajador, pues por ello se consagran términos perentorios para el reconocimiento y pago de las cesantías y se determina la sanción correspondiente en el evento de que la administración los sobrepase, sin perjuicio de que tal demora fuese consecuencia del trámite para la obtención de los recursos necesarios para el pago (sic a todo)."



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla

Demandado: Departamento de Boyacá.

Expediente: 150012333000201300525-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Del anterior estudio se colige que en efecto, para el momento en que se efectuó el pago del auxilio de cesantías a la demandante, lo cual se hizo el 10 de julio de 2008, ya había transcurrido un lapso superior al de los 45 días de que trata la norma como plazo para cancelar el valor reconocido a la demandante, el cual venció el 19 de mayo de 2005, por lo que le asiste el derecho a la demandante, al pago reclamado por concepto de sanción moratoria equivalente a un día de salario por día de retardo.

No obstante, dado que el pago total de las cesantías se produjo el 23 de diciembre de 2009, en atención a lo expuesto por el Consejo de Estado en providencia anteriormente citada, será esta la fecha que debe tenerse como límite a efectos de contabilizar el término hasta el cual debería pagarse la sanción moratoria reclamada, la cual en consecuencia, se causó entre el **20 de mayo de 2005 y el 22 de diciembre de 2009.**

Así mismo, dado que el Departamento de Boyacá fue el ente encargado del reconocimiento de las prestaciones sociales que resultaren a favor de la demandante, su pago debió hacerse de forma oportuna, más aun cuando en la Resolución N° 283 de 29 de diciembre de 2004, por medio de la cual se reconocieran estas, dicho ente expresó: *“Que existen las apropiaciones presupuestales y los recursos necesarios para el pago de la deuda laboral antes mencionada”* (fl. 273).

Así entonces, se resalta que la inexistencia de apropiación presupuestal y de un convenio con el Ministerio de Protección Social no es razón que exonere a la entidad demandada del pago de la sanción moratoria pretendida, y que partiendo de la presunción de legalidad y veracidad de los actos administrativos por los cuales se reconoció el auxilio de cesantías, no puede desconocerse que la entidad demandada contaba con los recursos necesarios para el pago de las cesantías.

En consecuencia, resulta dable acceder a la solicitud de declaratoria de nulidad del acto demandado por cuanto el mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de la demandante, sanción a la que como se acaba de analizar, le asiste derecho.

No obstante, en virtud de lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, criterio que fuera acogido por el Consejo de Estado en sentencia del 10 de febrero de 2011⁹, se negará la pretensión tercera de la demanda referente a la indexación de las sumas que resultaren, pues la sanción moratoria no persigue la protección del poder adquisitivo del haber del trabajador, sino una pena en contra de la entidad incumplida.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2011, Rad. N° 08001-23-31-000-2005-02156-01(0910-10), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
 Demandado: Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-448 de 1996 al examinar la constitucionalidad del párrafo transitorio del artículo 3º de la Ley 244 de 1995 señaló que en materia de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías no cabe la indexación en tanto “...la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, **no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación**, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.”

Finalmente y en virtud de la prosperidad de las pretensiones en cita, se declararán no probadas las excepciones de falta de causa legal para iniciar la acción, falta de legitimación en la causa por pasiva –requisito de procedibilidad, buena fe e inexistencia de la obligación, propuestas por la entidad demandada.

7. PRESCRIPCIÓN

Sobre la prescripción en materia de sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, debe señalarse que ha sido criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado que ella ocurre cuando trascurren tres años desde cuando el derecho se ha hecho exigible, en términos de lo previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Al respecto en sentencia del 1º de julio de 2009¹⁰, se expuso lo siguiente:

*“De conformidad con la normatividad que se analiza, la demandante contaba con tres (3) años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de su cesantía definitiva, **el cual debió contar a partir de su causación hasta la fecha en que le fueron efectivamente canceladas**, so pena que le prescribiera su derecho a reclamar la renombrada sanción...”*
 (Negrilla de la Sala).

De igual forma, en sentencia del 22 de enero de 2015¹¹, el Consejo de Estado señaló:

“Debe señalarse que la prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente:

*“(...) **Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.** El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación*

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1º de julio de 2009, Rad. No. 08001-2331-000-2005-01994-01 (2624-07), C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 22 de enero de 2015, Rad. N° 080012333000201200045 01-(0062-2014-), C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. (...)"

(...)

Lo anterior le permite a la Sala concluir, dando respuesta al primer problema jurídico, que el no pago de la reliquidación de las cesantías reconocidas por la Contraloría Distrital de Barranquilla a favor del demandante por medio de la Resolución No. 0181 de 17 de mayo de 2005, conllevó a que la entidad demandada se hiciese acreedora del pago de la sanción moratoria; lo anterior, porque de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, es responsabilidad de las entidades públicas pagadoras, cancelar al titular del derecho, una sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora a causa del incumplimiento del término de 45 días hábiles para el pago de las cesantías reconocidas.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que el presente caso el demandante solicitó a la Contraloría Distrital de Barranquilla el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías el 22 de febrero de 2012, se puede concluir, que la sanción que hubiere podido causarse antes del 22 de febrero de 2009 se encuentra prescrita de acuerdo con las normas transcritas anteriormente." (Negrilla de la Sala).

Como se señaló en precedencia, en efecto, la demandante tenía el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, en los términos de la Ley 244 de 1995, teniendo como fechas de causación de dicha sanción, el **20 de mayo de 2005 y el 22 de diciembre de 2009.**

Por consiguiente, una vez vencido el término de los 45 días con los que contaba la administración departamental para efectuar el pago del auxilio de cesantías, lo cual, según se señaló, ocurrió el 19 de mayo de 2005, la demandante estaba en su derecho de solicitar a la administración, el reconocimiento y pago de tal sanción correspondiente al pago de un día de salario por cada día de retardo.

Ahora bien, en el presente caso se observa que la petición para el reconocimiento de la sanción moratoria fue presentada por la demandante el 19 de diciembre de 2012, fecha a partir de la cual se interrumpió el término prescriptivo de los 3 años.

En consecuencia, debe señalarse que los periodos diarios de sanción, anteriores al 19 de diciembre de 2009 han prescrito. Por tanto, únicamente se reconocerán los causados desde el 19 de diciembre de 2009 y hasta el 22 de diciembre de 2009. En conclusión, **la excepción propuesta, prospera parcialmente.**

8. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto anteriormente, la Sala declarará la nulidad del Oficio de fecha 11 de enero de 2013, suscrito por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, por medio del cual negó a la demandante el reconocimiento y pago



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

de la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantías y en su lugar accederá al reconocimiento de dicha sanción ordenando a la entidad demandada que efectúe el pago de la misma por los periodos comprendidos entre el 19 de diciembre de 2009 y el 22 de diciembre de 2009.

Ahora bien, como quiera que de los documentos obrantes en el plenario no resulta diáfano el monto de la asignación mensual percibida por la demandante para el momento de su retiro, la Sala se abstendrá de efectuar la liquidación del valor que correspondería a la señora María Leonor Peña de Pinilla por la sanción moratoria aquí reconocida, de modo que dicho monto deberá ser liquidado por el ente demandado de conformidad con la asignación básica correspondiente.

9. COSTAS

En cuanto a las costas en esta instancia, es preciso decir que no hay lugar a condenar a ninguno de los sujetos procesales, por cuanto las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente, razón por la cual se dará aplicación a lo previsto en el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P. que establece *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de falta de causa legal para iniciar la acción, falta de legitimación en la causa por pasiva –requisito de procedibilidad, buena fe e inexistencia de la obligación propuestas por el Departamento de Boyacá.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por el Departamento de Boyacá, por el período comprendido entre el 20 de mayo de 2005 y el 18 de diciembre de 2009.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del Oficio de fecha 11 de enero de 2013 suscrito por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de cesantías, a la señora MARÍA LEONOR PEÑA DE PINILLA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, el Departamento de Boyacá reconocerá a la señora MARÍA LEONOR PEÑA DE PINILLA, identificada con cédula de



Demandante: María Leonor Peña de Pinilla
Demandado: Departamento de Boyacá.
Expediente: 150012333000201300525-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

ciudadanía 23.489.097, a título de sanción moratoria un día de salario por cada día de mora desde el **19 de diciembre de 2009 hasta el 22 de diciembre de 2009, dado el fenómeno prescriptivo**. El monto de la sanción deberá ser liquidado por el Departamento de Boyacá atendiendo a la asignación básica mensual percibida por el demandante para el momento de su retiro del servicio.

QUINTO: La cantidad líquida que se reconozca como consecuencia de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia como lo prevé el inciso 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: NEGAR la pretensión tercera, relativa a la indexación de las sumas que se reconozcan por concepto de sanción moratoria.

SÉPTIMO: Sin condena en costas en esta instancia, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO: Una vez en firme esta sentencia, por Secretaría, archívense las diligencias dejando las constancias y anotaciones que sean del caso.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

Hoja de Firmas

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: María Leonor Peña de Pinilla

Accionado: Departamento de Boyacá

Expediente: 150012333000201300525-00

DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE BOYACÁ

BOYACÁ, 1 DE DICIEMBRE DE 2012

Se está copiando en copia por cada

Nº 21 00000000000000000000 2012



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

Tunja, **07 FEB 2018**

Demandante	Ferney Vargas Herrera
Demandado	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente	15001-23-33-000-2015-00111-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	Sentencia de primera instancia – niega pretensiones

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adelantado a través de apoderado judicial por el señor Ferney Vargas Herrera, en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (Fls. 2 a 26).

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, el señor Ferney Vargas Herrera, presentó demanda en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, con el objeto que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios No. 13924 GAG SDP de 16 de junio de 2014 y No. GAG SDP 19083 de 08 de agosto de 2014, por medio del cual la entidad demandada negó la reliquidación de la asignación mensual de retiro y nulidad parcial de la Resolución No. 005287 de 08 de septiembre de 2010, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la asignación mensual de retiro al demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicita se liquide la asignación de retiro teniendo en cuenta todas las partidas establecidas en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990.

Se ordene el pago indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro.



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

De igual forma el pago de intereses moratorios, así como el pago de gastos y costas procesales.

1.1. HECHOS

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

El señor Ferney Vargas Herrera ingresó a la Policía Nacional el 20 de junio de 1986, esto es, bajo la vigencia del Decreto 1212 y 1213 de 1990, normas que contemplan como factores salariales la prima de actividad, antigüedad y el subsidio familiar.

Durante el tiempo que prestó sus servicios a la Policía Nacional como agente, al demandante le fue cancelada la prima de actividad, antigüedad y el subsidio familiar.

El demandante ingresó por homologación a la carrera del nivel ejecutivo el 01 de julio de 1994, bajo el amparo de la Ley 180 de 1995, siendo retirado del servicio activo el 19 de mayo de 2010, ostentando el grado de intendente jefe.

La Caja de Retiro de la Policía Nacional, mediante resolución, le reconoció asignación de retiro al demandante teniendo en cuenta los parámetros de los Decretos No. 1091 de 1995, No. 4433 de 2004 y No. 1856 de 2012; en la liquidación de la asignación de retiro, la entidad demandada no tuvo en cuenta como partidas computables la prima de actividad, la prima de antigüedad y el subsidio familiar.

Mediante petición de fecha 19 de mayo de 2014, el demandante presentó petición donde solicitaba la liquidación de su asignación de retiro conforme lo establecido en el artículo 100 de 1213 de 1990, la cual fue negada a través del Oficio No. 13924 de 16 de junio de 2014.

Posteriormente mediante escrito de fecha 14 de julio de 2013, se presentó nuevamente petición de reliquidación de la asignación de retiro, la cual fue nuevamente negada mediante el Oficio No. 19083 de 08 de agosto de 2014.

1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El demandante citó como vulnerados los artículos 2, 43, 48, 53, 83, 84, 121 y 220 de la Constitución Política, artículo 100 del Decreto 1213 de 1990.

Al sustentar el concepto de la violación indicó que la asignación de retiro del demandante debió ser liquidada bajo la normatividad establecida en el Decreto 1213 de 1990 por cuanto i) ingresó a la entidad bajo la vigencia de ésta disposición, ii) el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 51



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

del Decreto 1091 de 1995 la cual regulaba el reconocimiento de la asignación de retiro para los integrantes del nivel ejecutivo y iii) el régimen pensional de los integrantes de la Fuerza Pública consignadas en la Ley 923 y Decreto 4433 de 2004, no son aplicables a los integrantes del nivel ejecutivo de la policía Nacional que a la fecha de su expedición se encontraban en servicio activo, tal como es el caso del demandante.

En ese sentido indicó que el demandante como homologado al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, antes de la vigencia de la Ley 923 y Decreto 4433 de 2004, las partidas computables son las establecidas en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990, razón por la cual no realizarse la liquidación de la asignación de retiro con base en ésta última norma, se está desconociendo la normatividad aplicable, incurriéndose en un flagrante desconocimiento de principios y derechos constitucionales y legales.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado y a través de apoderado judicial, la entidad demandada presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la misma, para lo cual manifestó lo siguiente (Fls. 81 a 85):

Se opuso totalmente a las pretensiones de la demanda, pues consideró que la asignación de retiro reconocida a partir del 20 de agosto de 2010 en cuantía del 85% del sueldo básico y partidas legalmente computables para el grado, bajo el imperio de los Decretos No. 1091 de 1995, No. 1791 de 2000 y No. 4433 de 2004.

Propuso como excepción la siguiente:

- *Prescripción:* Señaló el apoderado de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional que la petición que dio origen al acto administrativo demandado fue radicada el 16 de mayo de 2014, razón por la cual la parte demandante solo tendría derecho al reconocimiento de las mesadas pensionales a partir del 20 de agosto de 2010, fecha del reconocimiento de la asignación de retiro.

3. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

La demanda fue presentada para reparto el 20 de enero de 2015 (Fl. 47), correspondiendo su conocimiento al Despacho N° 4 de éste Tribunal, el cual mediante proveído del 14 de abril de 2015 resolvió su admisión (Fls. 61, 62); sin embargo, mediante proveído de 07 de mayo de 2015, dispuso remitir el expediente a los Despachos 704 y 705 de Descongestión (Fl 66).



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

El Despacho No. 705 de Descongestión de ésta Corporación mediante auto de 12 de junio de 2015 avocó el conocimiento del presente asunto, disponiendo el trámite de notificación de la demanda (Fl 68), la cual se surtió a través de correo electrónico el 13 de julio de 2015 (Fls 74 a 78), traslado que fue descorrido el 28 de septiembre siguiente (Fl 81).

Mediante auto del 05 de febrero de 2016, el Despacho No. 6 avocó conocimiento del proceso (Fls. 96 a 96 vto.), y a través de auto de fecha 15 de febrero de 2017, éste Despacho dispuso fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A (Fl. 107).

Dicha audiencia tuvo lugar el 18 de abril de 2017 y en ella se adelantaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación y decreto de pruebas (Fls. 112 a 114), resolviéndose su suspensión para recepcionar las pruebas decretadas, lo cual se hizo en la audiencia del 19 de septiembre de 2017 (Fls. 151, 152).

Adelantada la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones finales.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandada (Fls 155, 156):

Corrido el traslado para alegar, la **parte demandada** presentó alegaciones reiterando los argumentos facticos y jurídicos plasmados con la contestación de la demanda, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

Al efecto indicó que el demandante ingresó al nivel ejecutivo de la Policía Nacional como homologado, reconociéndosele asignación mensual de retiro bajo los Decretos 1091 de 1995, No. 1791 de 2000 y No. 4433 de 2004, en cuantía equivalente al 85% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, normas que son de carácter especial por medio de las cuales se fija el régimen de las asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

4.2 Parte demandante (Fls 157 a 172).

El apoderado de la parte demandante dentro del término de traslado para alegar de conclusión, presentó escrito en el que solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos con la presentación de la demanda.

4.3 Ministerio Público



176

Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

El Delegado del Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con la fijación del litigio que se hiciera en la audiencia inicial celebrada el 18 de abril de 2017, la Sala concreta los siguientes problemas jurídicos a resolver en el presente asunto:

1. ¿Tiene derecho el demandante Ferney Vargas Herrera quien pertenecía al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, a la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión de las partidas computables prima de actividad, prima de antigüedad y subsidio familiar, tal como lo establece el Decreto 1213 de 1990?
2. Para tal efecto se deberá determinar cuál es la norma que regula la situación pensional del señor Ferney Vargas Herrera, esto es, si debe aplicarse las normas vigentes al momento de ingreso a la Policía Nacional o si por el contrario se deben tener en cuenta las normas vigentes al momento de retiro del servicio.
3. Se debe determinar si en el presente caso opero el fenómeno jurídico de la prescripción, y en caso afirmativo se debe determinar el momento a partir del cual se debe contabilizar.

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

a) Tesis argumentativa de la parte demandante

Considera que le asiste derecho a la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión de las partidas prima de actividad, prima de antigüedad y subsidio familiar, tal como lo establece el Decreto 1213 de 1990.

Afirma que por haber ingresado el demandante como homologado al nivel ejecutivo de la Policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 923 y Decreto 4433 de 2004, dichas normas no le son aplicables, razón por la cual su asignación de retiro debe liquidarse teniendo en cuenta las partidas computables establecidas en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990.

b) Tesis argumentativa de la parte demandada



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Considera el apoderado de la entidad demandada que como quiera que el demandante adquirió el derecho pensional bajo la vigencia de los Decretos 1091 de 1995, 1791 de 2000 y 4433 de 2004, el reconocimiento de la asignación de retiro se debe hacer con fundamento en dichas normas.

Asegura que lo que se plantea en la demanda es la inaplicación por inconstitucionalidad de los artículos 49 del Decreto 1091 de 1995 y artículo 23 numeral 2 del Decreto 4433 de 2004, razón por la cual no está debatiendo la legalidad del acto administrativo demandado.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala negará las pretensiones de la demanda por considerar que las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional están consagradas en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

En el presente caso se observa que la Resolución 005287 de 08 de septiembre de 2010 expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional por medio de la cual se reconoció la asignación de retiro del demandante, incluyó las partidas contempladas en el Decreto 4433 de 2004, luego no es procedente la inclusión de otros factores que percibía como Agente antes de la homologación al nivel ejecutivo, toda vez que se vulneraría el principio de inescindibilidad de la norma.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: el *i)* De las normas que regulan el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, *ii)* De lo probado en el proceso y el *iii)* Caso concreto.

2. DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL

En primer lugar ha de indicar la Sala que a través de la Ley 62 de 1993, "*Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República*", se concedieron facultades extraordinarias al presidente de la República a efectos de modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional; en efecto en sus artículos 6 y 35 se dispuso lo siguiente:

"Artículo 6°. Modificado por el art. 1, Ley 180 de 1995. Personal Policial.
La Policía Nacional está integrada por oficiales, suboficiales, agentes, alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella,



177

Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley”.

“Artículo 35. *Facultades extraordinarias.* De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley, para los siguientes efectos:

1. *Modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional (...).*”

En desarrollo de la referida norma, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 41 de 1994, “*Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones*” y No. 262 de la misma anualidad “*Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de Agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones*”.

Posteriormente a través de la Ley 180 de 1995, que modificó la Ley 62 de 1993, se creó el nivel ejecutivo de la Policía Nacional; en efecto en su artículo primero se dispuso lo siguiente:

“Artículo 1. *La Policía Nacional está integrada por Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados, pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley.*”

Respecto a la creación del nivel ejecutivo en la Policía Nacional, el Consejo de Estado en sentencia de 26 de noviembre de 2009¹, indicó que:

“(…) Obedeció fundamentalmente a la necesidad de profesionalizar la base y mandos medios de la Institución y darle una formación integral que le permitiera afrontar con criterio y decisión, las múltiples y delicadas responsabilidades que debía asumir en desarrollo de su misión ante la comunidad, además, con la creación de ese nivel, se quiso mejorar la remuneración de los agentes y conferirles un régimen salarial especial (...).” (Destacado por la Sala)

De manera particular el artículo 7 de la norma en cita, habilitó al Presidente de la República para que “1. **Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo** a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa”.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 26 de noviembre de 2009, proceso con radicación 11001-03-25-000-2005-00237-01 y número interno (10024-05).



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

En razón de ello fue expedido el Decreto 132 de 1995, “Por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, el cual en lo que tiene que ver con el ingreso a dicho nivel, en los artículos 12, 13, 15 y 82, dispuso lo siguiente:

“Artículo 12. Ingreso de suboficiales al nivel ejecutivo. Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, **de acuerdo con las siguientes equivalencias:**

1. Cabo segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente.
- 2. Sargento Segundo y Sargento Viceprimero, al grado de Intendente.**
3. Sargento Primero, al grado de Subcomisario;
4. Sargento mayor, al grado de Comisario.

Parágrafo 1o. Una vez se ingrese al Nivel ejecutivo de la Policía Nacional, se exigirá el título de bachiller, como requisito para ascensos posteriores, de acuerdo con la reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional (...). ”.

“Artículo 13. Ingreso de agentes al Nivel Ejecutivo. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos: (...).

Parágrafo 1º. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

Parágrafo 2º. Los agentes que al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1º, 2º, y 3º de este artículo”.

“Artículo 15. Régimen salarial y prestacional del personal del Nivel Ejecutivo. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.

“Artículo 82. Ingreso al Nivel Ejecutivo. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional **no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional (...).** (Destacado por la Sala)

Ahora bien, posteriormente a la creación del nivel ejecutivo en la Policía Nacional, se profirió el Decreto 1091 de 1995, por medio del cual se expidió



178

Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el cual creó entre otros los siguientes conceptos: primas de servicio, del nivel ejecutivo, de retorno a la experiencia, de vacaciones y, de navidad; y, subsidios de alimentación y familiar.

No obstante, el referido decreto fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante la sentencia del 14 de febrero de 2007², particularmente en razón a que el ejecutivo había desconocido una cláusula de reserva legal, por cuanto el tiempo de servicio para tener derecho a la asignación de retiro, era un asunto propio de una ley marco; en efecto allí se indicó:

“(...) Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo (...).”

Más adelante, mediante el Decreto No. 1791 del 14 de septiembre del 2000, “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, se dispuso en el artículo 10º la posibilidad de los Agentes de ingresar al Nivel Ejecutivo, considerándose en el párrafo del referido artículo que: “El personal de Suboficiales y de Agentes de que tratan los artículos 9 y 10 del presente Decreto, se someterán al régimen salarial y prestacional establecido para la carrera del Nivel Ejecutivo”.

El referido párrafo fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional a través de la sentencia C-691 de 2003, en donde se indicó lo siguiente:

“(...) La Corte estima que dicho cuestionamiento corresponde a una indebida interpretación de la norma, pues ella no está diseñada para desconocer situaciones ya consolidadas sino para regular las condiciones de aquellos agentes y suboficiales que con posterioridad a su entrada en vigencia decidan ingresar al nivel ejecutivo de la Policía, siempre y cuando cumplan los requisitos exigidos por la institución. Así mismo, del contenido del párrafo no se desprende que se autorice despojar a los agentes y suboficiales de sus honores o pensiones como equivocadamente lo sugiere el demandante (...).

Por lo demás, el Decreto 1791 de 2000 establece que para el ingreso al nivel ejecutivo de la Policía Nacional debe mediar la solicitud del interesado, lo

² Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 14 de febrero de 2007 proferida dentro del proceso con radicado 110010325000200400109 01 y número interno 1240-2011.



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

cual deja en manos del aspirante la decisión de postular o no su nombre para el cambio jerárquico dentro de la institución. Pero si por alguna razón el aspirante no es favorecido con el ingreso, permanecerá en el nivel en el que se encontraba y conservará el régimen salarial y prestacional previsto para esa categoría. Tal circunstancia implica entonces el respeto de sus derechos, honores y pensiones y lo deja en libertad de quedarse, si lo considera más favorable de acuerdo con sus intereses, en el nivel en el que se encuentre (...)".

A su turno el Consejo de Estado³ al referirse a la sentencia C-691 de 2003, indicó que i) el traslado de agentes y suboficiales al nivel ejecutivo fue voluntario, ii) la sujeción al régimen especial con el cambio de nivel era válido y iii) la Ley 180 de 1995 decretos reglamentarios impedían el desmejoramiento de las condiciones salariales y prestacionales de quienes venían vinculados a la Policía Nacional y que optaron por el traslado al nivel ejecutivo.

Conforme a la normatividad y jurisprudencia que se analiza, es dable concluir que quienes pertenecían al nivel de agentes y suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder voluntariamente a la carrera del nivel ejecutivo y en consecuencia quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional, con la precisión de que en ningún podrían ser desmejorados o discriminados en su situación laboral.

Ahora bien ha de indicarse que en varios pronunciamientos del Consejo de Estado⁴, en asuntos de contornos similares al aquí analizado, ha concluido que el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, analizado de manera integral, resulta ser más favorable que el que cobija a los suboficiales y agentes de la institución, de tal forma que no se presentó una desmejora o vulneración a los derechos adquiridos o detrimento salarial; con ejemplo de tal análisis, en la sentencia de 9 de febrero de 2015, la Alta Corporación, indicó lo siguiente:

"(...) Contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues de la comparación global entre el antiguo y nuevo régimen es evidente que el Decreto No. 1091 de 1995 le reporta nuevos beneficios que compensan los que le fueron suprimidos, tales como la prima de retorno a la experiencia (f. 26 cuaderno anexo) y la prima del nivel ejecutivo; y, tampoco se allegó prueba dentro del

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00803-01(2643-14).

⁴ Ver, entre otras, las siguientes: Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 25000-23-25-000-2011-00696-01(0590-2015); Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero; radicación: 25000-23-42-000-2013-00067-01(3546-13); Subsección A, sentencia de 19 de mayo de 2016, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 25000-23-25-000-2012-00108-01(3396-14); Subsección A, sentencia de 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-05603-01(2296-14).



179

Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

expediente por parte del actor tendiente a probar la desmejora de su situación salarial y prestacional, por el contrario, se advierte un aumento significativo en el salario básico.

Tampoco se evidencia una discriminación del actor, toda vez que la aplicación del Decreto 1091 de 1995 deviene de su situación legal y reglamentaria de servicio público con vinculación en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Por último, como se dejó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, la Sala⁵ ya se había pronunciado sobre el presunto desmejoramiento de la situación salarial y prestacional del personal activo que ingresó al Nivel Ejecutivo. En aquella oportunidad, sostuvo la Sala:

“El citado desmejoramiento, no obstante, no puede mirarse aisladamente o, dicho de otra forma, factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de los regímenes en estudio [en este caso, el de Agentes - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro]. Por el contrario, y en virtud del principio de inescindibilidad [ampliamente delineado por la jurisprudencia laboral contenciosa], la favorabilidad del Nivel ejecutivo al que se acogió libremente el interesado debe observarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa aplicable [la contenida en el Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante de Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales (...)”⁶.

En tal sentido, tal como de manera reiterada lo ha indicado en Consejo de Estado, los Agentes de la Policía Nacional que de manera voluntaria optaron por realizar su homologación para trasladarse al nivel ejecutivo de la institución, no vieron disminuidos sus derechos salariales y prestacionales.

En efecto, si bien con la expedición del Decreto 1091 de 1995 se establecieron unas ventajas de las cuales no disfrutaba cuando ostentaba el cargo de Agente en aplicación del Decreto 1213 de 1990, así como que se eliminaron otras que sí estaban consagradas en ésta última normatividad, lo cierto es que vistos de manera integral los dos regímenes (el de Agente Decreto 1213 de 1990 y Decreto 1091 de 1995), el Consejo de Estado ha concluido que los Agentes que realizaron la homologación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional mejoraron sus condiciones salariales y prestacionales.

3. DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

Al expediente fueron allegados los siguientes elementos de prueba, útiles a efectos de resolver los problemas jurídicos planteados:

- Mediante petición de 19 de mayo de 2014, el señor Ferney Vargas Herrera presentó petición ante la entidad demandada, a fin de que se

⁵ Esta cita hace parte del texto transcrito: Sentencia de 31 de enero de 2013. NI. 0768-12.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de febrero de 2015, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 17001-23-33-000-2012-00152-01(2987-13).



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

le reliquidara la asignación de retiro con inclusión de la prima de actividad, prima de antigüedad y subsidio familiar previstas en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990 (Fls 28, 29).

- La anterior petición fue resuelta negativamente por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a través del Oficio No. 13924 de 16 de junio de 2014 (FI 30).
- Copia de la Resolución No. 005287 de 08 de septiembre de 2010, por medio de la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció y ordenó el pago de asignación de retiro a favor del señor Ferney Vargas Herrera, efectiva a partir del 20 de agosto de 2010, atendiendo para ello lo dispuesto en los Decretos 1091 de 1995, No. 1791 de 2000 y No. 4433 de 2004 (Fls 38 a 40).
- Copia de la hoja de servicios del señor del señor Ferney Vargas Herrera (FI 41).
- Mediante la Resolución No. 01502 de 19 de mayo de 2010, la Dirección General de la Policía Nacional retiró del servicio activo al señor Ferney Vargas Herrera (Fls 42, 43).
- Por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional fue allegado informe en el que se indica que una vez revisada la hoja de liquidación de la asignación de retiro del demandante, le fueron tenidas en cuenta como partidas computables: sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, 1/12 prima de navidad, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y subsidio de alimentación; de igual forma allegó copia de la referida liquidación (Fls 139, 140).
- Por parte de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional se allegó informe en el que se indica las normas que regulaban la situación salarial y prestacional del señor Ferney Vargas Herrera, antes y después de su homologación a la carrera ejecutiva de la Policía Nacional, esto es, el 01 de julio de 1994 (según la hoja de servicios) (FI 144).
- De igual forma la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional respecto al pago de la prima de actividad y el subsidio familiar al señor Ferney Vargas Herrera, informó lo siguiente:
 - Respecto a la prima de actividad, la misma le fue reconocida mientras estuvo en servicio activo en el grado de Agente; sin embargo el Decreto 1091 de 1995 no contempla la prima de actividad para el nivel ejecutivo.



180

Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

- En cuanto al subsidio familiar, se indicó que el mismo fue pagado durante la permanencia en el grado de Agente, al igual que cuando se homologó al nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Con fundamento en el acervo probatorio previamente relacionado, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados en el caso concreto.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto encuentra la Sala que el problema jurídico que se debe absolver en éste asunto tiene que ver con determinar si el demandante Ferney Vargas Herrera quien pertenecía al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión de las partidas computables prima de actividad, prima de antigüedad y subsidio familiar previstas en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990.

A efectos de resolver el referido problema jurídico planteado, la Sala encuentra conforme a las pruebas allegadas al proceso, probados los siguientes hechos:

- Mediante la Resolución No. 005287 de 08 de septiembre de 2010, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció y ordenó el pago de asignación de retiro a favor del señor (A) IJ (R) Ferney Vargas Herrera, efectiva a partir del 20 de agosto de 2010, en cuantía equivalente al 85% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, al tenor de lo dispuesto en los Decretos 1091 de 1995, No. 1791 de 2000 y No. 4433 de 2004.
- Conforme con la hoja de liquidación allegada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, le fueron tenidas en cuenta como partidas computables: sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, 1/12 prima de navidad, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y subsidio de alimentación.
- Según la Hoja de Servicios No. 6772480 del 06 de julio de 2009, la vinculación del señor Ferney Vargas Herrera al servicio de la Policía Nacional se resume en la siguiente tabla:

Novedad	Acto administrativo	Fecha inicio	Fecha término
Servicio Militar	C 11136 del 26-oct-1999	27-Jul-1984	30-sept-1985
Agente alumno	OA 1-123 de 20-jun-1986	10-jun-1986	31-ene-1987



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Agente nacional	R 000142 de 01-ene-1987	01-feb-1987	30-jun-1994
Nivel ejecutivo	R 6924 de 01-jul-1994	01-jul-1994	20-may-2010
Alta tres meses	R 01502 de 19-may-2010	20-may-2010	20-ago-2010

Para un tiempo total de servicios de 25 años ocho meses y veinticinco días.

- Conforme a lo anterior, se encuentra probado que el señor (A) IJ (R) Ferney Vargas Herrera se desempeñó como agente de la Policía Nacional hasta el 30 de junio de 1994 y se homologó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la institución a partir del 01 de julio de 1994, calidad que ostentó al momento de retiro del servicio.
- Así las cosas se encuentra probado que el demandante mientras se desempeñó como Agente, sus situación salarial y prestacional estuvo regida por el Decreto 1213 de 1990, luego de lo cual y una vez realizó el proceso de homologación al nivel ejecutivo, se le aplicó lo previsto en el Decreto 1091 de 1995.

Precisado lo anterior y a efectos de establecer si en efecto el señor Ferney Vargas Herrera le asiste el derecho a la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión de las partidas computables prima de actividad, prima de antigüedad y subsidio familiar establecidas en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990 pese a que éste a partir del 01 julio de 1994 pasó al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, debe la Sala en primer orden resolver un sub-problema jurídico, consistente en determinar si el demandante fue desmejorado salarial y prestacionalmente con dicha homologación.

En tal sentido, tal como se indicó en el acápite No. 2 de ésta providencia ya el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha establecido que los Agentes que de manera voluntaria decidieron hacer homologación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional no se les desmejoró su situación salarial y prestacional, en tanto, analizados de manera integral los dos regímenes, esto es, el Decreto 1213 de 1990 (Agentes) y el Decreto 1091 de 1995 (nivel ejecutivo), éste último régimen comportó una mejora en tal sentido.

Ahora bien, en esa misma línea de argumentación la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiteradas sentencias, al resolver en segunda instancia asuntos en donde las pretensiones resultaban ser similares a la aquí debatida, esto es, la reliquidación de la asignación de retiro de un miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional (homologado) con la inclusión de las partidas prima de actividad, prima de antigüedad y subsidio



181

Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

familiar establecidas en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990, arribó a la misma conclusión expuesta en precedencia.

Así, en sentencia de 10 de diciembre de 2015, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad Interno No. 1324-01, si bien haciendo referencia a un suboficial de la policía que homologó al nivel ejecutivo, indicó lo siguiente:

“(…) Conforme al acervo probatorio obrante en el proceso, la normatividad que se analizó y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, se infiere que, mientras la señora Luz Esperanza Gordillo Peña permaneció vinculada a la Policía Nacional y una vez optó por la homologación al nivel ejecutivo, estaba amparada por la prohibición de no ser discriminada o desmejorada en sus condiciones salariales y prestacionales, tal y como lo prevé la Carta Política, la Ley 4ª de 1992 y las normas que desarrollaron el nivel ejecutivo en la Policía Nacional.

En el sub-júdice no es posible hacer una interpretación factor por factor como lo pretende la actora, porque ello sería tanto como abrogarse la Sala la competencia atribuida constitucional y legalmente al Legislador y llegar a crear un tercer régimen salarial y prestacional diferente al previsto para los oficiales y suboficiales [Decretos 1212 y 1213 de 1990] y para el nivel ejecutivo [Decreto 1091 de 1995].

Además en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del nivel ejecutivo a la que se acogió libremente la demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa [Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante del nuevo nivel le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales (...).”

Posteriormente, la misma Sección Segunda del Consejo de Estado, esta vez con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, en sentencia de 11 de mayo de 2017, Rad. Interno No. 0442-15, precisó lo siguiente:

“(…) De conformidad con lo señalado en el acápite anterior y, con base en el extracto de la hoja de servicio del demandante que obra a folio 14 del expediente, se encuentra probado que ostentaba el grado de agente antes de homologarse a la carrera del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Igualmente se acreditó y no está en discusión, que mientras el demandante se desempeñó como agente, se le aplicó el régimen del Decreto 1213 de 1990. Por lo tanto, en virtud de la homologación al nivel ejecutivo, para efectos salariales y prestaciones, se rigió por el Decreto 1091 de 1995.

Determinado lo anterior, a continuación se efectúa un cuadro comparativo de los factores reconocidos en los regímenes que fueron aplicados al demandante como agente profesional de la Policía, y luego, al homologarse en el nivel ejecutivo (...).



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Es decir, al realizar el análisis integral de la normativa y no factor por factor tal como lo ha señalado esta Corporación⁷ se concluye que el régimen del nivel ejecutivo al que se acogió voluntariamente el demandante es favorable a sus intereses prestacionales.

En conclusión: *El demandante no fue desmejorado salarial ni prestacionalmente en virtud de su homologación al nivel ejecutivo, teniendo en cuenta que el nuevo régimen del Decreto 1091 de 1995 le reportó mayores beneficios de acuerdo a lo probado dentro del plenario (...).*

Finalmente y dentro de éste recuento jurisprudencial la Alta Corporación en sentencia del 31 de agosto de 2017, con ponencia del Dr. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. Interno No. 2643-14, en cuanto a la favorabilidad y progresividad de los salarios y prestaciones de los agentes homologados al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, precisó lo siguiente:

“(...) La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 9 de octubre de 2008, expediente núm. 2000-06793-01 (3021-04)⁸, tuvo la oportunidad de pronunciarse con relación a los principios de favorabilidad e inescindibilidad y la protección de los derechos adquiridos, así como los eventos en los que un cambio de régimen salarial y prestacional implica la pérdida de una prima específica o de unos beneficios laborales pero, al mismo tiempo, la ganancia de otros.

Significa que, si bien es cierto, no se desconoció la protección dada a los agentes y suboficiales que se incorporaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tampoco puede adelantarse un estudio de la situación ventilada al margen del principio de inescindibilidad y, por supuesto, del de favorabilidad, ya que mirado en su conjunto, el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1091 de 1995 no desmejoró sus condiciones laborales (...).

Ello traduce que no se desconocen los derechos adquiridos cuando se trata del cambio voluntario de régimen como ocurrió en el sub examine, teniendo en cuenta que el actor fue homologado al Nivel Ejecutivo el 1º de agosto de 1994, y estuvo vinculado hasta el 30 de enero de 2007, sin que hubiera manifestado reparo alguno, dado que hasta el 28 de septiembre de 2011 presentó petición para que le fueran tenidos en cuenta los factores que devengaba en el régimen de agente [Decreto 1213 de 1990].

Ahora bien, es evidente que en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 31 de enero de 2013, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, número de radicación 73001233100020110039001

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de octubre de 2008. Rad. 25000-23-25-000-2000-06793-01 (3021-2004). Actor: ÁLVARO TORRES ALVEAR, Demandando: NACIÓN PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.



182

Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

antigüedad, entre otras; sin embargo, se crearon unas nuevas primas y se consagró una asignación básica mensual muy superior en relación con el grado de agente, por lo que, se advierte, en vigencia del nuevo régimen se superaron las condiciones salariales y prestacionales que el interesado ostentaba antes de agosto de 1994 (...). (Destacado por la Sala)

En suma, de acuerdo con la jurisprudencia en cita es dable concluir que el demandante quien hasta el 30 de junio de 1994 ostentó el grado de Agente de la Policía Nacional, se benefició ampliamente al homologar al Nivel Ejecutivo de dicho institución, lo cual ocurrió el 01 de julio de 1994, ello en materia salarial, razón por la cual en el presente caso, debe aplicarse de manera íntegra el régimen previsto para los miembros del nivel ejecutivo, también al momento de la liquidación de la asignación de retiro.

Con fundamento en lo ante expuesto, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro en la forma que lo pretende, fundamentalmente por cuanto el señor Ferney Vargas Herrera al haberse homologado en el mes de julio de 1994 al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, para la liquidación de su asignación de retiro, le son aplicables el artículo 49 del Decreto 1091 de 1995 y artículo 23.2 del Decreto 4433 de 2004, normas que establecen lo siguiente:

“Artículo 49. Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.

- a) Sueldo básico;
- b) Prima de retorno a la experiencia;
- c) Subsidio de Alimentación;
- d) Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;
- e) Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;
- f) Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;
- Bonificación por compensación.

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales”.

A su turno, el artículo 23, ordinal 23.2 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto a las partidas computables para liquidar la asignación de retiro, para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, dispone lo siguiente:

“Artículo 23. Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

en cada caso, sobre las siguientes partidas así: (...).

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

- 23.2.1 Sueldo básico.
- 23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.
- 23.2.3 Subsidio de alimentación.
- 23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.
- 23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.
- 23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales (...).

En el presente asunto, se encuentra probado que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a través de la Resolución No. 005287 de 08 de septiembre de 2010, le reconoció asignación de retiro al intendente jefe retirado Ferney Vargas Herrera en cuantía equivalente al 85% del sueldo básico de actividad para el grado y las partidas legalmente computables, efectiva a partir del 20 de agosto de 2010.

Ahora bien, a efectos de realizar la liquidación de la asignación de retiro del demandante (FI 140), se tuvieron en cuenta las siguientes partidas computables:

Partidas liquidables		
Partida	Porcentaje	Valores
Sueldo básico		1.748.660
Prima retorno a la experiencia	7.00%	112.406
1/12 prima de navidad		201.848
1/12 prima de servicios		79.582
1/12 prima de vacaciones		82.898
Subsidio de alimentación		38.903
Valor Total		2.274.297
% de Asignación		85
Valor asignación		1.933.153

Como se advierte, la entidad demandada a efectos de liquidar la asignación de retiro del demandante, incluyó como partidas computables, las previstas para el nivel ejecutivo de la Policía Nacional previstas en el artículo 23.2 del Decreto 4433 de 2004.



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueños de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

En éste punto ha de indicarse que el Consejo de Estado⁹ en reiteradas sentencias ha negado la pretensión de reliquidación de la asignación de retiro de miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional con inclusión de partidas computables previstas para el nivel de Agentes en el Decreto 1213 de 1990, particularmente con la inclusión de las partidas prima de actividad, prima de antigüedad y subsidio familiar.

Así en sentencia de 31 de agosto de 2017¹⁰, la Sección Segunda del Consejo de Estado en un asunto de contornos similares al aquí debatido, concluyó lo siguiente:

*“(...) Así las cosas, el actor se benefició ampliamente al cambiar de rango de agente al del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en materia salarial, pues en dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que dispuso el legislador, y por lo mismo, **se debe someter integralmente a su reglamentación, dentro de la cual no se establecieron los factores que el actor reclama, precisamente porque corresponden es al régimen de agentes, al que ya no pertenece, y en cambio sí se le reconocieron y pagaron los propios del nivel ejecutivo al cual ingresó de forma voluntaria.** En consecuencia, el acto administrativo enjuiciado no está inmerso en la causal de nulidad alegada por el demandante, pues los salarios y prestaciones a que tiene derecho son los establecidos en el régimen del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se le han aplicado desde su ingreso al mismo (...).*

*De lo precedente se colige que la entidad demandada incluyó en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, las partidas computables del nivel ejecutivo de la Policía Nacional previstas en el artículo 23, ordinal 23.2 del Decreto 4433 de 2004. **Sin que sea posible incluir dentro de la misma las partidas, subsidios, prestaciones y demás bonificaciones que fueron disminuidas o dejadas de percibir, con ocasión de su homologación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que se encuentran en el Decreto 1213 de 1990, porque ello vulneraría el principio de inescindibilidad, que prohíbe la aplicación parcial de las normas.***

En conclusión: Las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía

⁹ Ver, entre otras, las siguientes: Subsección B, sentencia de 08 de septiembre de 2017, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 17001-23-33-000-2012-00178-01(0443-15); Subsección A, sentencia de 3 de agosto de 2017, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 68001-23-33-000-2014-00841-01(4414-15); Subsección A, sentencia de 20 de abril de 2017, M.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-23-33-000-2013-00733-01(1642-14); Subsección A, sentencia de 05 de abril de 2017, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-06223-01(3143-14); Subsección A, sentencia del 16 de marzo de 2017, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 68001-23-33-000-2013-00131-01(2170-14).

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, D.C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00803-01(2643-14).



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Nacional están consagradas en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004 (...). (Destacado por la Sala)

En el mismo sentido, la Alta Corporación en sentencia de 11 de mayo de 2017¹¹, indicó:

“(...)De lo precedente se colige que la entidad demandada incluyó en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, las partidas computables del nivel ejecutivo de la Policía Nacional previstas en el artículo 23, ordinal 23.2 del Decreto 4433 de 2004. Sin que sea posible incluir dentro de la misma las partidas, subsidios, prestaciones y demás bonificaciones que fueron disminuidas o dejadas de percibir, con ocasión de su homologación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que se encuentran en el Decreto 1213 de 1990, porque ello vulneraría el principio de inescindibilidad, que prohíbe la aplicación parcial de las normas.

En conclusión: Las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional están consagradas en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004. En el presente caso se observa que la Resolución 001246 del 10 de marzo de 2011 expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional por medio de la cual se reconoció la asignación de retiro del demandante, incluyó las partidas contempladas en el Decreto 4433 de 2004, luego no es procedente la inclusión de otros factores que percibía como Agente antes de la homologación al nivel ejecutivo, toda vez que se vulneraría el principio de inescindibilidad de la norma (...). (Destacado por la Sala)

Como corolario de todo lo expuesto, ha de indicarse que las partidas computables para liquidar la asignación de retiro encuentran su fundamento de manera diferenciada, en lo dispuesto en cada uno de los regímenes, esto es, el aplicable a los Agentes y el de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, toda vez que como quedó visto en precedencia tienen bases salariales diferentes y primas, subsidios, bonificaciones y otros emolumentos propios, de los cuales se derivan las partidas computables que han de tomarse para realizar la liquidación de la asignación por retiro.

En tal sentido, no es procedente como lo pretende la parte demandante, acudir a las partidas previstas en el régimen aplicable a los Agentes para liquidar la asignación de retiro de quienes pertenecen al nivel ejecutivo, por cuanto tal como lo ha indicado el Consejo de Estado¹², aceptar tal tesis, iría en contra del principio de inescindibilidad normativa.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION A. Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-33-000-2013-00650-01(0442-15).

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS



184

Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

Finalmente ha de indicarse que el apoderado de la parte demandante invoca como precedente aplicable al presente asunto, la sentencia de 17 de abril de 2013 Rad. Interno No. 0735-2012, en donde en un caso similar al aquí estudiado, se accedió a las pretensiones de la demanda de reliquidación de la asignación de retiro.

Sin embargo, la Sala se aparta de tal pronunciamiento jurisprudencial, primero por cuanto, tal como quedó visto en precedencia existe varios pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado que sostienen la tesis contraria y segundo por cuanto la Alta Corporación en la sentencia de 11 de mayo de 2017 Rad. Interno: 0442-15 respecto a la sentencia de 17 de abril de 2013, indicó lo siguiente: "(...)Finalmente, no se desconoce que mediante sentencia de 17 de abril de 2013 el Consejo de Estado con ponencia del doctor Gustavo Gómez Aranguren, demandante Harbey Bucurú Celis, reconoció al personal ejecutivo homologado la aplicación del régimen de salarial y prestacional contenido en el Decreto 1213 de 1990, no obstante, la sentencia en cita tiene efectos inter partes y solo es un criterio orientador más no vinculante por no tener el carácter de sentencia de unificación, por lo tanto, no es susceptible de aplicarse por analogía en el presente caso (...)"

Así las cosas, y conforme a lo expuesto en precedencia, concluye la Sala que las pretensiones de la demanda orientadas a que se reliquide la asignación de retiro del señor intendente jefe retirado Ferney Vargas Herrera perteneciente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional con las partidas computables establecidas en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990, no tienen vocación de prosperidad.

5. COSTAS

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

Lo anterior, teniendo en cuenta que la parte demandada ejerció diversas actuaciones en la primera instancia. Por tanto, se fijarán las agencias en derecho, bajo los parámetros del Acuerdo 1887 de 2003 emanado de la Sala Administrativa del C.S. de la J, al tenor del art. 6-III-3.1.2¹³, en la suma de \$200.000.

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00049-01(3358-14)

¹³ ART. 6.- Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: (...) III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (...)

3.1.2. Primera Instancia (...)

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.



Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001-23-33-000-2015-00111-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 1ª instancia

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

RESUELVE

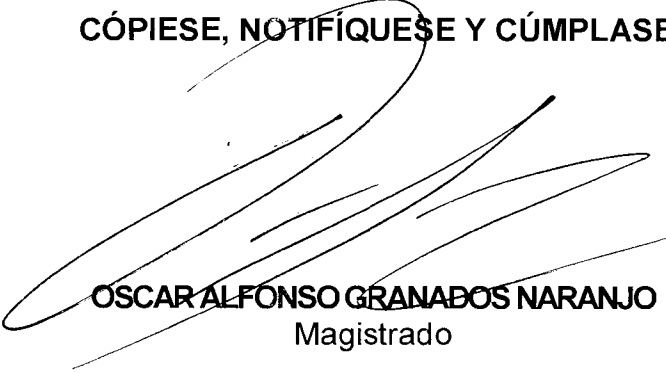
PRIMERO: NIÉGUESE las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Ferney Vargas Herrera en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte demandante por el trámite de esta instancia. La liquidación de las agencias en derecho causadas en esta instancia se fija en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS (\$200.000).

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

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

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

RECEBIDA
BOYACÁ
21 de mayo de 2018
El Secretario

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ferney Vargas Herrera
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente: 15001233300020150011100



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

Tunja, **07 FEB 2013**

Demandante	Miryam Medina Martínez
Demandado	Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente	15001-23-33-000-2015-00656-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	Sentencia de primera instancia – accede a pretensiones de reliquidación pensional

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adelantado a través de apoderado judicial por la señora **MYRIAM MEDINA MARTÍNEZ**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 1 a 33 y 143 a 153).

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora **MYRIAM MEDINA MARTÍNEZ**, presentó demanda en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**, con el objeto de que se declare la nulidad de las Resoluciones GNR-29603 del 31 de enero de 2014 y GNR-212215 del 11 de junio de 2014, por medio de los cuales se negó a la demandante la reliquidación de su mesada pensional, así como de la Resolución N° VPB-32720 del 14 de abril de 2015 por medio de la cual se modificó la primera de tales resoluciones.

1.1. HECHOS

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

La demandante nació el 25 de noviembre de 1953 y laboró en la UPTC desde el 1° de julio de 1973 hasta el 30 de diciembre de 2010 efectuando aportes en pensiones a Cajanal hasta el 30 de diciembre de 1996 y posteriormente, hasta la fecha de su retiro definitivo, al Instituto de Seguros Sociales, entidad a la cual fueron trasladados los afiliados de Cajanal a partir de su liquidación.



Accionante: *Miryam Medina Martínez*
Accionado: *Administradora Colombiana de Pensiones*
Expediente: *150012333000201500656-00*
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

La demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por tanto tiene derecho al reconocimiento pensional con el cumplimiento de 20 años de servicios y 55 años de edad.

La demandante solicitó ante el ISS el reconocimiento de su pensión, petición a la cual se accedió mediante la Resolución N° 055576 del 26 de noviembre de 2009. Dicha pensión fue financiada con un bono pensional, pero en su reconocimiento se aplicaron normas cuya aplicación no era viable al ser ella beneficiaria del régimen de transición y se liquidó la mesada en una cuantía inferior a la estipulada en la ley.

El 3 de octubre de 2012, la demandante solicitó a Colpensiones la reliquidación de su mesada pensional, petición que le fue negada mediante la Resolución N° GNR-29603 del 31 de enero de 2014, acto confirmado mediante la Resolución N° GNER-212215 del 11 de junio de 2014, y modificado mediante la Resolución VPB-32720 del 14 de abril de 2015.

1.2. PRETENSIONES

La demandante solicitó lo siguiente:

- Declarar la nulidad de las Resoluciones GNR-29603 del 31 de enero de 2014 y GNR-212215 del 11 de junio de 2014, por medio de los cuales se negó a la demandante la reliquidación de su mesada pensional, así como de la Resolución N° VPB-32720 del 14 de abril de 2015 por medio de la cual se modificó la primera de tales resoluciones.
- Declarar que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por consiguiente tiene derecho a la reliquidación de su mesada pensional en un 75% del promedio de los factores de salario devengados en el último año de servicios; es decir, del 1º de enero al 31 de diciembre de 2010.
- Declarar que la demandante es beneficiaria de la mesada 14 conforme a los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, y se ordene su pago desde el 30 de diciembre de 2010.
- Que se reconozca y pague a favor de la demandante los intereses de mora a la tasa máxima para el momento en que se efectúe el pago, así como los ajustes pensionales desde cuando ella adquirió el derecho.
- Que se condene a la demandada a pagar los demás derechos que resulten acreditados en el proceso.
- Que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante citó como normas violadas, las siguientes: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125 y 209 de la Constitución Política; el artículo 10 del Código Civil; el Decreto 758 de 1990; el artículo 1º de la Ley 33 de 1985; y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al efecto señaló que con los actos demandados se inaplicó la supremacía de los principios y normas constitucionales y legales, en especial aquellos que orientan axiológicamente el ordenamiento constitucional en cuanto hace a la normatividad más favorable en favor de la demandante y la aplicación correcta de los extremos del Acuerdo N° 049 de 1990 o Ley 33 de 1985.

Señaló que con los actos demandados se pasó por alto la responsabilidad de los funcionarios públicos por cuanto atendiendo una interpretación por fuera del ordenamiento jurídico y sin siquiera haberse consultado las normas, se decidió reliquidar la pensión de jubilación de la demandante tomando como base de liquidación aquellas sumas percibidas como salario básico mensual.

Aseveró que de las interpretaciones posibles en cuanto a la liquidación del derecho pensional de la demandante se acogió por Colpensiones aquella que resulta menos favorable pues dicha entidad le liquida de forma irregular su derecho a la pensión dado que no tiene en cuenta su situación especial en tanto beneficiaria del régimen de transición y le liquida su pensión tomando una base equivocada.

Concluyó que puede advertirse un error de inaplicación o de interpretación de los extremos que benefician a la demandante en tanto le resulta aplicable el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, al únicamente tener como base para la liquidación de su mesada pensional, la asignación básica mensual por ella percibida, el acto se encuentra así mismo, viciado de falsa motivación.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado de la demanda y a través de apoderada, la entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la misma y refiriéndose a cada uno de los hechos (fls. 183 a 200).

Al momento de contestar la demanda, la parte demandada manifestó estar de acuerdo con los hechos 1 al 5, así como los hechos 7, 9 y 12 a 16, que hacen referencia a la fecha de nacimiento de la señora Miryam Medina Martínez, los tiempos durante los cuales prestó sus servicios personales a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, los periodos cotizados y la entidad a la cual se hicieron los aportes, así como al trámite surtido ante



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Colpensiones a efectos de obtener la reliquidación de su mesada pensional, y la respuesta dada por la entidad mediante los actos demandados.

Frente al hecho 6, correspondiente a la fecha en que se efectuó su ingreso en nómina de pensionados, manifestó que el mismo es parcialmente cierto por cuanto ello sucedió de forma tardía por cuanto no se había acreditado la fecha de retiro definitivo del servicio, pero no es cierto que se haya aplicado de forma inadecuada la norma de reconocimiento pensional.

Frente a los hechos 8, 10, 11 y 12 referentes a la afirmación de que el ISS asumió la afiliación de las personas que venían haciendo aportes a Cajanal ante su liquidación, así como los factores de salario devengados por la demandante, manifestó que los mismos no son ciertos.

Propuso como medios exceptivos, los siguientes:

- ***Inexistencia del derecho y la obligación:*** Señaló que a la demandante no le asiste el derecho a la reliquidación pensional y al aplicar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se le estaría desmejorando en su derecho dado que el IBL que establece esta norma, correspondiente al 75%, resulta inferior al que establece la Ley 797 de 2003 que es el 79,18%. Adicionó que no es posible tener en cuenta todos los factores de cotización pues así no lo establece el artículo 36 de la ley 100 ni la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- ***Improcedencia de los intereses moratorios:*** Señaló que no pueden generarse intereses moratorios sin que se haya dictado sentencia que resuelva de fondo la situación.
- ***Improcedencia de indexación:*** Indicó que esta sanción al igual que la de los intereses moratorios tienen como finalidad impedir la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, razón por la cual, ordenar el cobro de tales emolumentos generaría un doble cobro, aspecto prohibido por la ley.
- ***Cobro de lo no debido:*** Señaló que a la demandante se le ha reconocido la prestación teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, y no puede reliquidarse la prestación con una norma que le resulta desfavorable.
- ***Buena fe:*** Adujo que Colpensiones siempre cumple lo establecido por la ley y la Constitución Política, por lo que todas sus decisiones se circunscriben a los principios de buena fe exenta de culpa y legalidad.
- ***Prescripción:*** Señaló que esta resulta procedente frente a cualquier derecho que eventualmente resulte reconocido.
- ***Innominada o genérica.***



Accionante: *Miryam Medina Martínez*
Accionado: *Administradora Colombiana de Pensiones*
Expediente: *150012333000201500656-00*
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

3. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

La demanda fue presentada para reparto el 5 de septiembre de 2015 (fl. 33), y fue admitida mediante auto del 16 de septiembre de 2016 (fls. 171 y 172), luego de lo cual se llevó a cabo la notificación de la misma a las demandadas y demás intervinientes el 23 de noviembre de 2016 (fls. 177 y 178), por lo que el traslado de la misma se vencía el 3 de marzo de 2017, término dentro del cual, la demandada contestó la demanda (fls. 183 a 200).

El término de traslado de las excepciones propuestas se corrió entre el 21 y el 23 de marzo de 2017 (fl. 211), vencido el cual, se dispuso por el Despacho fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A (fl. 213).

Dicha audiencia tuvo lugar el 21 de septiembre de 2017 y en ella se adelantaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación y decreto de pruebas (fls. 218 a 220), resolviéndose su suspensión para recepcionar las pruebas decretadas, lo cual se hizo en la audiencia del 21 de noviembre de 2017 (fls. 252 a 254).

Adelantada la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones finales (fl. 255), término dentro del cual, ambas partes presentaron alegaciones (fls. 256 a 261) y el Ministerio Público rindió concepto (fls. 266 a 276).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

Dentro de la oportunidad para ello, el apoderado de la parte demandante presentó alegaciones solicitando se declare la prosperidad de las pretensiones de la demanda (fls. 256 a 260).

En tal sentido señaló que con la decisión de la entidad demandada se desconocen precedentes de la Corte Constitucional que han señalado que las sentencias por ella emitidas en relación con aspectos pensionales únicamente se aplican a las pensiones de los congresistas.

Señaló que resulta importante tener en cuenta el principio de inescindibilidad que se vulneró por la entidad al interpretar de forma indebida los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para llegar a tal conclusión, citó precedente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Finalmente hizo alusión a la interpretación que ha dado el Consejo de Estado a las sentencias de la Corte Constitucional en este aspecto y resaltó la importancia de los principios de progresividad y no regresividad de los



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

derechos sociales indicando que los mismos no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales.

4.2. Parte demandada

Por su parte, la apoderada de la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, presentó alegaciones solicitando que se absuelva a la entidad de cualquier condena y se condene en costas a la parte demandante (fls. 261 a 265).

Señaló que en el presente caso no es posible reliquidar la pensión en los términos solicitados por la parte demandante teniendo en cuenta que el régimen de transición representa una expectativa legítima de pensionarse bajo las normas del régimen al cual venía afiliada cada persona.

Señaló que el Acuerdo 049 de 1990, por ser un acuerdo interno para los afiliados del seguro social, será únicamente aplicable a los beneficiarios de la transición que hubieren acreditado cotizaciones dentro de la vigencia de dicha normatividad; es decir, que hubieran consolidado la expectativa legítima de pensionarse en este régimen.

Adujo que tampoco resulta viable la reliquidación solicitada por cuanto a la fecha se encuentra vigente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como lo son las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Citó pronunciamientos de la Corte Constitucional y para finalizar sostuvo que al realizar el análisis del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se comete un error de interpretación ya que como la indica la Corte Constitucional, la Ley 100 únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, pero en virtud del principio de equilibrio del sistema y de los demás principios generales de la seguridad social establecidos en el artículo 48 de la Constitución Política se restringió el tema relacionado con el IBL.

4.3. Ministerio Público

El Ministerio Público emitió concepto señalando que resulta viable acceder a las pretensiones de la demanda, y por tanto en la reliquidación pensional de la demandante debe ordenarse la inclusión de los factores de sueldo, sueldo adicional encargo, pago de antigüedad, bonificación por servicios, así como las primas de servicio, la de navidad y la de vacaciones, de acuerdo con los precedentes del Consejo de Estado sentados en la sentencia del 4 de agosto de 2010 (fls. 266 a 277).

Indicó que no obstante ello no es viable la inclusión de la prima técnica, como tampoco de la bonificación por recreación.



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial celebrada el 21 de septiembre de 2017, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- a) ¿Tiene derecho la señora Miryam Medina Martínez a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior a su retiro definitivo del servicio como empleada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia?
- b) ¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y la normativa anterior le resulta más favorable?
- c) ¿Cuál es la normatividad que resulta aplicable al derecho pensional de la demandante?
- d) ¿Ha operado el fenómeno de la prescripción respecto de alguna de las mesadas pensionales de la demandante?

2. TESIS DE LAS PARTES SOBRE EL CASO SUB EXAMINE

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

2.1. Tesis argumentativa propuesta por el demandante

Manifiesta tener derecho a la reliquidación de su mesada pensional con inclusión de todos los factores de salario devengados por ella durante el último año de servicios comprendido entre el 1º de enero al 30 de diciembre de 2010, en atención a lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por haber cumplido los requisitos para hacerse beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2.2. Tesis argumentativa propuesta por la demandada

Considera que si bien es cierto, la demandante cumple los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de que trata la Ley 100 de 1993, ello no implica que su pensión deba reconocerse en su totalidad bajo las previsiones de la norma anterior, puesto que la Ley 797 de 2003 la resulta más favorable a la demandante al contemplar un IBL más alto que el que contempla la Ley 33 de 1985, pero dicha normativa no contempla que la liquidación pensional deba hacerse con todos los factores percibidos como salario.



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

2.3. Tesis del Ministerio Público

Considera que resulta viable acceder a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo acusado y ordenando a la Administradora Colombiana de Pensiones proceda a reliquidar la mesada pensional de la demandante con inclusión de los factores de sueldo, sueldo adicional encargo, pago de antigüedad, bonificación por servicios, así como las primas de servicio, la de navidad y la de vacaciones, de acuerdo con los precedentes del Consejo de Estado sentados en la sentencia del 4 de agosto de 2010, pero deben excluirse los factores de prima técnica y la bonificación por recreación.

2.4. Tesis de la Sala

Esta Sala accederá a las pretensiones de la demanda señalando que resulta dable declarar la nulidad de las Resoluciones N° GNR-29603 del 31 de enero de 2014, GNER-212215 del 11 de junio de 2014 y VPB-32720 del 14 de abril de 2015, al negar la reliquidación de la mesada pensional de la demandante siendo que se encuentra demostrado que la misma tiene derecho a ella por haberse liquidado sin tener en cuenta la totalidad de factores devengados por ella durante el último año de prestación de servicios, y teniendo en cuenta un IBL diferente al señalado en las normas que le resultan aplicables.

Señalará que resulta viable ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con el 75% del promedio de lo devengado por ella durante el año anterior al retiro del servicio, incluyendo los siguientes factores: **asignación básica, prima de antigüedad, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la bonificación por servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad.**

De otro lado, dirá que atendiendo el criterio sentando o trazado por éste Tribunal en torno a éste asunto, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado al Sistema General de Salud y Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, dirá que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la demandante – entonces empleada – en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el



284

Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

IPC a fin de remediar su giro devaluado.

Por último, dirá la Sala que atendiendo la normativa y jurisprudencia anteriormente estudiada, se concluye que la señora Myriam Medina Martínez no tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 por ella solicitada, por cuanto su derecho pensional se consolidó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005 y adicional a ello, la mesada pensional que debió reconocerse al momento de su retiro definitivo del servicio, es superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para dicha data (año 2010).

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: *i)* Régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; *ii)* Régimen prestacional anterior previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985; *iii)* Desarrollo jurisprudencial en torno a los factores salariales tenidos en cuenta para liquidar la pensión de vejez según la Ley 33 de 1985; *iv)* Obligatoriedad del precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado, *v)* Ámbito de aplicación de las sentencias C-258 de 2013, SU 230 de 2015 y SU-427 de 2016 proferidas por la Corte Constitucional en materia de factores pensionales, *vi)* De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, para finalmente resolver, *vii)* el caso concreto.

3. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

En virtud de la Ley 100 de 1993, fue creado el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 36 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

(...).”

De lo anterior se infiere que la Ley 100 de 1993 instituyó un régimen de transición, entendido como aquel beneficio en favor de las personas que cumplan al entrar en vigencia la nueva ley¹ ciertos requisitos establecidos por

¹ **ARTICULO. 151.-Vigencia del sistema general de pensiones.** *El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1º de abril de 1994. (...)*



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

dicho precepto, estos son, que el interesado(a) tenga mínimo 40² y 35³ años de edad o 15 o más años de servicios cotizados, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se siguen rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

4. RÉGIMEN PRESTACIONAL ANTERIOR PREVISTO EN LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985

Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 existían otros regímenes de contenido prestacional, entre ellos el previsto en la Ley 33 de 1985, el cual en su artículo 1° preceptuó:

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

La Ley 33 de 1985, en su artículo 3°, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación, así:

“ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

De tal suerte, que los empleados públicos con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993, se pensionaban bajo las previsiones de la Ley 33 de 1985 y las correspondientes modificaciones introducidas por la Ley 62 del mismo año, excepto que estuvieran en el régimen de transición establecido en dicha ley 33 o gozarán de un régimen especial.

PARAGRAFO.-El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

² Si es hombre.

³ Si es mujer.



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

De igual manera, en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100, las citadas normas siguen siendo aplicadas a los empleados públicos destinatarios de ellas.

En cuanto tiene que ver con los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, la Ley 33 de 1985 dispuso:

“Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Por su parte, la Ley 62 de 1985, modificó el artículo 3º de la Ley 33, así:

“Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Por lo anterior, se puede concluir que el cambio introducido por la ley 62 a la ley 33 se ciñó básicamente a añadir las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación a la lista de emolumentos sobre los cuales debían liquidarse y pagarse los aportes a la respectiva entidad previsional y determina que los factores sobre los que se calcularon los aportes deberán incluirse siempre en la liquidación de las pensiones.

5. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LOS FACTORES SALARIALES TENIDOS EN CUENTA PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN DE VEJEZ SEGÚN LA LEY 33 DE 1985

En principio el Consejo de Estado, en sus Subsecciones “A” y “B” de la Sección Segunda, en relación con los factores salariales que debían constituir el ingreso base de liquidación pensional, estableció criterios



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

oscilantes entre el alcance del artículo 3° de la Ley 33 de 1985, en algunas ocasiones consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras, que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente expresó que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Finalmente, unificó su criterio en sentencia de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sala de la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el proceso con radicación No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112- 09), en la que señaló:

“La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios⁴.

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.” (Destacado por la Sala).

Esta es la posición que la actual jurisprudencia del tribunal de cierre de lo contencioso administrativo ha mantenido, como quiera que la interpretación dada a las Leyes 33 y 62 de 1985 respondió a la aplicación del principio de favorabilidad previsto en la norma superior en favor de los trabajadores.

En éste punto, resulta pertinente destacar que la Corte Constitucional en sentencia C-354 de 2015, se declaró inhibida para pronunciarse de fondo frente a la interpretación dada por el Consejo de Estado al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto la demanda no cumplió con los requisitos exigidos para un pronunciamiento de fondo, entre otros una carga argumentativa suficiente. En efecto indicó la Corte:

⁴ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

"(...) Al realizar el análisis sobre la demanda interpuesta, se encontró que ésta carece de dos requisitos sine qua non para el conocimiento de fondo, tales como suficiencia y certeza, pues en tratándose del primero, el demandante no demostró fácticamente que la interpretación aludida por él constituía efectivamente una posición sólida del Consejo de Estado, pues solo trajo a colación un caso particular, sin haber probado que dicha postura se erigía como derecho viviente. Y, además, no argumentó, de manera clara y precisa, por qué, a su parecer, tal interpretación contradice los artículos 13, 48 y 230 de la Carta Fundamental.

En cuanto a la certeza, el demandante no argumentó, de manera convincente y explícita, por qué la norma aludida no debe ser interpretada como lo hace el Consejo de Estado, sino como él y otros operadores jurídicos lo entienden.

En consecuencia, la Corte debe declararse inhibida para conocer el problema jurídico planteado en la demanda, al no contener los requisitos exigidos por la jurisprudencia y, en consecuencia, configurarse la ineptitud sustantiva de los cargos formulados (...).

Así las cosas, la Corte Constitucional no ha encontrado una argumentación suficiente que le permita pronunciarse de fondo respecto de la interpretación que el Consejo de Estado como Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a fin de determinar si la misma contradice los artículos 13, 48 y 230 de la Constitución.

6. OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL FIJADO POR EL CONSEJO DE ESTADO

A partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011, en su artículo 10 consagró sobre las sentencias de unificación que las autoridades *"al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas"*.

El precepto citado fue objeto de control de constitucionalidad, llevado a cabo por la Corte Constitucional quien mediante sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011, declaró su exequibilidad, indicando que este tipo de sentencias son fuente formal del derecho. Al respecto, decantó:

"(...) 14. Para asumir el primero de los aspectos citados, la Corte partió de la reconceptualización del principio de legalidad, al cual se encuentra sometido la actuación de los servidores públicos, la cual vincula el concepto "ley" u "orden jurídico" a la jurisprudencia como fuente formal de derecho. Para esa postura, en tanto diversas normas constitucionales obligan a que la actuación de las autoridades administrativas esté sometida al imperio de la ley, ello significa que dichos funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial, según se explicó en precedencia.

(...)

Lo anterior conlleva necesariamente una adecuada interpretación del concepto "imperio de la ley" al que refiere el artículo 230 C.P. Para la Corte, la definición de las reglas de derecho que aplican las autoridades administrativas y judiciales pasa un proceso interpretativo previo, en el que



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

armoniza el mandato legal articular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente. A su vez, cuando esta labor es adelantada por aquellas máximas instancias de justicia, que tienen la función constitucional de unificar jurisprudencia con carácter de autoridad, las subreglas resultantes son vinculantes, siendo el sustento de esa conclusión la naturaleza imperativa que la Carta confiere a la (institución y a la ley. En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades. (...) "

Sin embargo, la anterior postura se había fijado de tiempo atrás por la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, mediante la cual se refirió a la función de unificación del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*"A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. **En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución** y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones". (Destacado por la Sala)*

A su turno, la sentencia C-539 de 2011 lo ratificó, así:

*"5.2.3. La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que **el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa —art. 29. 121 y 122 Superiores—**, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 CP); (v) **las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley -art. 13 C.P.***

Por tanto, si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación.

(...)

*5.2.5 De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que **para estas***



287

Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. En este sentido ha dicho la Corte:

*“Lo señalado acerca de los jueces **se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos**. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto.” (Resalta la Sala)*

(...)

*En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado esta Corte que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, **y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional**. De esta manera, **una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial.**”*

(Destacado por la Sala)

En efecto, la función unificadora del Consejo de Estado nació desde la Constitución Política de 1991, y se concreta o materializa con la expedición de la Ley 1437 de 2011, artículo 10, de ahí que el límite de interpretación normativa de las autoridades administrativas está sujeto a la interpretación que de las mismas haga el máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

7. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SENTENCIAS C-258 DE 2013, SU-230 DE 2015 y SU-427 DE 2016 PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FACTORES PENSIONALES

En primer lugar dirá la Sala que no resulta procedente aplicar las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU 427 de 2016, de preferencia a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, teniendo en cuenta que en sentencia SU-053 de 2015 la Corte Constitucional dijo que, los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente son: *i)* que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una **regla jurisprudencial** aplicable al caso a resolver; *ii)* que esta ratio resuelva **un problema jurídico semejante** al propuesto en el nuevo caso y *iii)* que los **hechos del caso sean equiparables** a los resueltos anteriormente, así como que, de no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo.



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

En tal sentido, respecto a la sentencia C-258 de 2013, tal como lo ha reiterado ésta Corporación, la misma no resulta aplicable al presente asunto, por cuanto, en ésta, el pronunciamiento de la Corte Constitucional, tuvo como destinatarios a los pensionados con régimen de congresistas y a los magistrados de Alta Corte, por homologación, razón por la cual extender los efectos de dicha sentencia a situaciones consolidadas o reguladas bajo regímenes diferentes frente a los que no se realizó el estudio de constitucionalidad, ocasionaría cambiar el contexto o la connotación de la decisión.

Posteriormente, en sentencia de unificación SU-230 de 2015, la Corte Constitucional reiteró la sentencia C-258 de 2013, e hizo extensivo al resto de regímenes pensionales, la interpretación según la cual el IBL no es un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, éste pronunciamiento en criterio reiterado por éste Tribunal, tampoco resulta aplicable al caso pues en ella se estaba resolviendo un asunto inter partes, es decir, no fijó un criterio general o abstracto respecto del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones; de manera particular se estudió una acción de tutela interpuesta por un ciudadano contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S. A., al estimar vulnerados sus derechos fundamentales por cuanto al liquidar su pensión de jubilación, esto es, se trataba de un asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria.

En éste punto advierte la Sala que la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ en sentencia de 25 de febrero de 2016, reiteró su jurisprudencia en torno a la inaplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, sentencia que quedó sin efectos, mediante sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2016.

En ésta última sentencia, la Sección Quinta del Consejo de Estado indicó que la sentencia SU-230 de 2015, era un precedente jurisprudencial, obligatorio y vinculante para todos los jueces y de aplicación inmediata, al margen de si la demanda se presentó antes de que dicha Corporación fijara la tesis hoy día imperante frente al régimen de transición.

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

⁵ Sentencia de 25 de febrero de 2016; C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Expediente: 25000234200020130154101; Referencia: 4683-2013; Actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

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

Finalmente en cuanto tiene que ver con la sentencia SU-427 de 2016, la misma tampoco resulta aplicable al caso bajo estudio, toda vez que de una parte, la unificación está referida a la aplicación de la acción de revisión contenida en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 a favor de la UGPP y de otro lado, el asunto allí tratado partía de la base del abuso del derecho por parte de una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, circunstancia que difiere al asunto aquí tratado;

Por todo lo anterior, concluye la Sala que las citadas sentencias no pueden ser tenidas en cuenta y conllevan a continuar aplicando en su integridad la sub regla jurisprudencial establecida por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la sentencia de unificación del cuatro de agosto de 2010, pues como se explicó representa el precedente jurisprudencial, esto es, se constituye en verdadera norma material con carácter vinculante para los Jueces y Tribunales Administrativos⁶.

8. DE LOS DESCUENTOS PARA APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Este Tribunal en sentencia del 19 de febrero de 2016, Sala de Decisión No. 3 con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp. 2014-096-01, 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 ineludible⁷.

⁶En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 19 de junio de 2015, Magistrado Ponente Dr. Fabio Iván Afanador García, radicado No. 152383333752201400159-01.

⁷ 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 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. (...)"



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Al respecto, el referido artículo 54 de la Ley 383 de 1997⁸, 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, 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, transcurridos 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 últimas⁹

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.**

Bajo esa óptica, concluye la Sala que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, permanece **durante toda la vida laboral**, ésta –la obligación– es susceptible del fenómeno de la prescripción, y no puede ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales. Otra será la discusión si no se realizó ninguna clase de aportes, en tanto, el derecho surge por el cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas.

⁸ "Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones"

⁹ 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.



289

Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Por tanto, en este caso, se debe realizar los descuentos sobre el retroactivo **durante los últimos cinco (5) años laborados**, por prescripción extintiva de la obligación.

9. DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS

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

- La señora Miryam Medina Martínez nació el 25 de noviembre de 1955, según se deduce del registro civil de nacimiento (fl. 34).
- Mediante Resolución N° 055576 del 26 de noviembre de 2009, el Instituto de Seguros Sociales reconoció a favor de la demandante, el derecho a la pensión de jubilación financiada con bono pensional, y sobre el 79.29% del IBL correspondiente a \$1.200.926, dejando en suspenso su inclusión en nómina hasta tanto se acreditara el retiro definitivo del servicio (fls. 66 a 71).
- Mediante la Resolución N° 004901 del 18 de febrero de 2011, el ISS ordenó el ingreso de la señora Miryam Medina Martínez en la nómina de pensionados de la entidad a partir del mes de marzo de 2011 (fls. 72 a 75).
- La demandante laboró al servicio de la UPTC de Tunja como secretaria ejecutiva código 4210, grado 20, desde el 1° de enero de 1973 hasta el 30 de diciembre de 2010 efectuando sus aportes al sistema pensional a la Caja nacional de Previsión Social – CAJANAL desde el 1° de enero de 1973 hasta el 30 de diciembre de 1996, y al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de enero de 1997 hasta el 30 de diciembre de 2010 (fls. 55 y CD que obra a folio 201).
- De acuerdo con la certificación expedida por la coordinadora del grupo de Talento Humano de la UPTC, durante el último año de servicios comprendido entre enero y diciembre de 2010, la demandante devengó los factores de sueldo básico, prima técnica, vacaciones, antigüedad, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios (fls. 52 a 54).
- El 3 de octubre de 2012, la demandante solicitó ante Colpensiones, la reliquidación de su mesada pensional con inclusión de los factores de salario devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, petición que le fue negada mediante la Resolución N° GNR29603 del 31 de enero de 2014 (fls. 36 a 47, 76 y 77).
- Contra dicho acto, la demandante interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante las resoluciones GNR212215 del 11 de junio de 2014, por medio de la cual se confirmó



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

la negativa a efectuar la reliquidación, y VPB 32720 del 14 de abril de 2015 por medio de la cual se modificó la Resolución GNR29603 del 31 de enero de 2014 y se ordenó reliquidar la pensión de vejez de la demandante actualizando la base de liquidación a enero de 2011 (fls. 83 a 87, 90 y 91, 94 a 98).

- De acuerdo con certificación emitida por el jefe del Departamento de talento Humano de la UPTC, durante el último año de vinculación laboral con dicha institución, la demandante devengó el factor de prima técnica con base en la evaluación del desempeño laboral y en virtud del Decreto 1661 de 1991 (fls. 232 a 246).

10. CASO CONCRETO

10.1. De la viabilidad de ordenar la reliquidación de la mesada pensional

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

Analizado el caudal probatorio obrante dentro del expediente, encuentra la Sala que la señora Miryam Medina Martínez es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al entrar en vigencia dicha ley, el 1º de abril de 1994, llevaba más de 15 años de servicio en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, dado que ingresó el 1º de enero de 1973 (fls. 55 y CD que obra a folio 201). Adicionalmente, contaba con más de 35 años de edad, dado que nació el 25 de noviembre de 1955 (fl. 34).

De igual forma, se encuentra que para el 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo N° 001 de 2005, acreditaba más de 750 semanas cotizadas, cumpliendo de esta manera con el requisito para extender los beneficios del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, lapso máximo en el cual, la demandante debía haber cumplido la totalidad de requisitos exigidos por la norma anterior a la Ley 100 de 1993.

En este punto resulta pertinente señalar cuál es la normativa que debe aplicarse a la pensión de vejez de la demandante al ser beneficiaria del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, dado que en sus pretensiones solicita se dé aplicación al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual, en su artículo primero señaló los afiliados obligatorios a los seguros de invalidez, vejez y muerte, así:

“ARTÍCULO 1. AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. <Ver Notas del Editor> Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:
1. En forma forzosa u obligatoria:



290

Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

- a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;
 - b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,
 - c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.
2. En forma facultativa:
- a) Los trabajadores independientes;
 - b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y,
 - c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.
3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios."

Como se señaló en precedencia, la demandante se vinculó como empleada pública de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia desde el 1º de enero de 1973; es decir, no está dentro de ninguno de los afiliados de que trata el artículo 1º del Decreto 758 de 1990 y por tanto, los preceptos de dicha norma no le resultan aplicables.

Por tanto, el régimen pensional anterior aplicable a la pensión reconocida a la señora Miryam Medina Martínez, es el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, en virtud de las cuales deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión de vejez de la demandante, los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios el cual se encuentra comprendido entre el **30 de diciembre de 2009 y el 30 de diciembre de 2010**.

Ahora bien, se tiene que de conformidad con la certificación expedida por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, durante el último año de servicios, la demandante devengó los siguientes factores: **suelo básico, prima técnica, vacaciones, antigüedad, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios** (fls. 52 a 54).

De otro lado, se observa que mediante Resolución N° 055576 del 26 de noviembre de 2009, el Instituto de Seguros Sociales reconoció a favor de la demandante, el derecho a la pensión de jubilación financiada con bono pensional, y sobre el 79.29% del IBL (asignación básica) correspondiente a \$1.200.926, dejando en suspenso su inclusión en nómina hasta tanto se acreditara el retiro definitivo del servicio (fls. 66 a 71).

Luego, mediante la Resolución N° 004901 del 18 de febrero de 2011, el ISS ordenó el ingreso de la señora Miryam Medina Martínez en la nómina de pensionados de la entidad a partir del mes de marzo de 2011 (fls. 72 a 75).

De otro lado, el 3 de octubre de 2012, la demandante solicitó ante Colpensiones la reliquidación de su mesada pensional con inclusión de los factores de salario devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, petición que le fue negada mediante la Resolución N° GNR29603 del 31 de enero de 2014 (fls. 36 a 47, 76 y 77).



Accionante: *Miryam Medina Martínez*
Accionado: *Administradora Colombiana de Pensiones*
Expediente: *150012333000201500656-00*
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Contra dicho acto, la demandante interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante las resoluciones GNR212215 del 11 de junio de 2014, por medio de la cual se confirmó la negativa a efectuar la reliquidación, y VPB 32720 del 14 de abril de 2015 por medio de la cual se modificó la Resolución GNR29603 del 31 de enero de 2014 y se ordenó reliquidar la pensión de vejez de la demandante actualizando la base de liquidación a enero de 2011 (fls. 83 a 87, 90 y 91, 94 a 98).

Así, en atención a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado como autoridad máxima de lo contencioso administrativo, el 4 de agosto de 2010, al momento de reconocer la pensión de jubilación de la señora Miryam Medina Martínez, la entidad demandada debió incluir no solo los factores sobre los cuales se haya hecho aportes a pensiones, sino todos los factores devengados por la empleada de manera permanente y con carácter remuneratorio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

De lo anterior se colige la viabilidad de la solicitud de reliquidación pensional en la medida que en su momento el Instituto de Seguros Sociales, ahora Administradora Colombiana de Pensiones, no tuvo en cuenta la totalidad de factores devengados por la demandante, sino que el reconocimiento pensional se hizo teniendo en cuenta únicamente el sueldo básico devengado por ella durante los últimos 10 años, lo cual tampoco resulta acertado, dado que la normativa que resulta aplicable al caso concreto señala que el IBL corresponde al 75% de lo devengado por ella durante el último año de servicios.

En consecuencia, resulta dable declarar la nulidad de los actos contenidos en la Resolución N° GNR-29603 del 31 de enero de 2014, así como de la Resolución N° GNER-212215 del 11 de junio de 2014 que la confirmó, y de la Resolución VPB-32720 del 14 de abril de 2015 que la modificó, teniendo en cuenta que esta última tan solo ordenó la actualización de la base pensional pero siguió tomando como base el 75% de lo devengado en los últimos 10 años sin incluir factores nuevos.

Así entonces, para efectos de reliquidar la pensión de la demandante, Colpensiones debe incluir en la misma, los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de antigüedad, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la bonificación por servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad**, precisando que los últimos 4 mencionados, serán incluidos en las 1/12 partes correspondientes por tratarse de pagos percibidos en forma anual.

Debe precisarse que no resulta procedente la inclusión en la base de liquidación pensional la denominada **bonificación por recreación**, como quiera que en la providencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010 antes estudiada, se mencionó que esta no constituye factor salarial para efectos pensionales, como se sigue:



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

“Tampoco es posible tener en cuenta la bonificación por recreación por las siguientes razones:

Los Decretos 2710 de 2001 y 660 de 2002, expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, en su artículo 1º establecieron que su ámbito de aplicación se extendía a los siguientes servidores públicos¹⁶:

“CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto fija las escalas de remuneración de los empleos, que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden nacional y de las Direcciones Generales de Bienestar Social y de Sanidad de la Policía Nacional.”.

Por su parte, el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, reguló la bonificación por recreación en los siguientes términos¹⁷:

“BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.”.

Entonces, el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante.

Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente.”

Lo anterior, por cuanto, tal como lo advirtió el Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ratificada en diversas providencias proferidas con posterioridad¹⁰, dada su naturaleza prestacional, dicha bonificación está dirigida a contribuir en el adecuado desarrollo de la vida del empleado, como lo es el ámbito de la recreación, por lo que no tiene carácter salarial y retributivo del servicio.

Igualmente, precisa la Sala que en cuanto tiene que ver con el **pago de vacaciones**, tal monto no es posible computarlo para fines pensionales, en

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de julio de 2014, Exp. N° 25000-23-42-000-2012-01646-01(2720-13), C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 4 de septiembre de 2014, Exp. N° 25000-23-25-000-2006-08455-01(1420-11), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

atención a que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, tal como lo señaló la a quo.

Ahora, como quiera que de acuerdo con el certificado de salarios y devengos de la demandante, durante el último año de prestación de servicios, la misma señora devengó el factor denominado **prima técnica**, resulta preciso analizar lo que sobre la inclusión de este, señaló la Sala de Decisión N° 5 de este Tribunal, con ponencia del doctor Félix Alberto Rodríguez Riveros¹¹, así:

*"(...)Sin embargo, al revisar la decisión objeto de impugnación se constata que el Juez de instancia no incluyó dentro de la orden de reliquidación de la pensión del demandante el actor de **prima técnica**, el que no obstante se encuentra acreditado que fue devengado por la actora en el último año de prestación de servicio (fl. 205-206); si bien dentro de la motivación del fallo de primera instancia no se avizoran razones para no incluir la referida prima en la base de la liquidación pensional, esta Sala en todo caso negará su inclusión por lo siguiente:*

El decreto 1661 de 1991 dispone que la mencionada prima técnica constituirá factor salarial en los siguientes supuestos:

Artículo 7º.- Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho de percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto, **y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.** (Negrilla fuera de texto).

Esta misma normativa dispone el evento en que la prima técnica se otorga con base en la evaluación del desempeño, así:

Artículo 3º.- Niveles en los cuales se otorga Prima Técnica- **Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor, directivo.** La Prima Técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles (Negrilla fuera de texto)

*Como se aprecia, la prima técnica **constituye factor salarial** cuando se acredite título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años, según las voces del artículo 2º literal a) del mencionado decreto 1661 de 1991. Pero **no constituye factor salarial** cuando se asigna con base en la evaluación del desempeño, conforme lo señalado en el citado artículo 7º de la norma en cita.*

Ahora bien, el referido artículo 3º establece como condición para el disfrute de la prima técnica con base en los estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 5, sentencia del 14 de diciembre de 2016, Rad. N° 15001333300520140001402, M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros.



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

propias del cargo estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo; mientras que la prima técnica con base en la evaluación del desempeño se asigna en todos los niveles, es decir, en todos aquellos que no sean de los niveles descritos.”

Descendiendo al caso de marras en lo que tiene que ver con la inclusión de este factor, observa la Sala que al no encontrarse la demandante desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, la prima técnica fue devengada por ella con sustento en la evaluación del desempeño, lo cual se ratifica con el oficio DTH-01762 suscrito por el jefe de departamento de talento humano de la UPTC (fl. 232), el cual indicó que la prima técnica fue reconocida a la demandante con sustento en el artículo 3° del Decreto 1661 de 1991 en virtud del desempeño laboral, razón por la cual dicho emolumento no puede tenerse como un factor salarial y en consecuencia, no procede su inclusión en la base de la mesada pensional.

Se advierte, que el sub exámine no es viable aplicar las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 invocadas por la entidad demandada en sus alegaciones finales. La primera de ellas por cuanto quedó claro que los únicos destinatarios del análisis constitucional que se realizó en tal providencia, son los congresistas y magistrados de alta Corte que tienen un régimen pensional especial previsto en la Ley 4ª de 1992, diferente al que rige la pensión de la demandante, el cual está contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, frente al que no hizo referencia alguna la Corte Constitucional en esa oportunidad.

Ahora, respecto a la segunda, su aplicación está condicionada a que el derecho pensional se haya causado con posterioridad a la fecha de su expedición, circunstancia que no acontece en el presente asunto, toda vez que el derecho pensional de la demandante se causó con anterioridad a la vigencia de la sentencia SU-230 de 2015.

De igual forma tampoco resulta aplicable la sentencia SU -427 de 2016, toda vez que de una parte, la unificación está referida a la aplicación de la acción de revisión contenida en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 a favor de la UGPP y de otro lado, el asunto allí tratado partía de la base del abuso del derecho por parte de una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, circunstancia que difiere al asunto aquí tratado.

Con sustento en el anterior análisis, la Sala encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, por cuanto la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, al liquidar la pensión de la señora Miryam Medina Martínez, no tomó todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio, tal como lo establece el precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado.

Recapitulando, la Sala procederá a declarar la nulidad de los actos contenidos en la Resolución N° GNR-29603 del 31 de enero de 2014, así



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

como de la Resolución N° GNER-212215 del 11 de junio de 2014 que la confirmó, y de la Resolución VPB-32720 del 14 de abril de 2015 que la modificó, teniendo en cuenta que esta última tan solo ordenó la actualización de la base pensional pero siguió tomando como base el 75% de lo devengado en los últimos 10 años sin incluir factores nuevos.

De igual forma, se ordenará a la entidad demandada que proceda a efectuar la reliquidación de la mesada pensional de la demandante con inclusión de los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de antigüedad, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la bonificación por servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad.**

Por consiguiente, se declararán no probadas las excepciones de ***Inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido y buena fe*** propuestas por la entidad demandada, al encontrarse que a la demandante sí le asiste el derecho a obtener la reliquidación de su mesada pensional.

10.2. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones

Atendiendo el criterio sentando o trazado por éste Tribunal en torno a esta asunto, la Administradora Colombiana de Pensiones - 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 de la señora Miryam Medina Martínez, 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 a la demandante -entonces empleada-, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

10.3. De la viabilidad de reconocer a la demandante la mesada catorce solicitada

Observa la Sala que dentro de las pretensiones de la demanda, se solicitó por la demandante el reconocimiento y pago de la mesada 14, solicitud que también le fuera efectuada en vía administrativa a la entidad demandada en el documento que diera lugar a la expedición de los actos demandados.



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

No obstante no haberse pronunciado la entidad demandada sobre tal pedimento en los actos demandados, como tampoco al contestar la demanda, debe proceder esta instancia a estudiar la viabilidad de acceder a lo solicitado.

Al efecto, encuentra la Sala que la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, "Por la cual se crea el sistema general de seguridad social y se dictan otras disposiciones", en su artículo 142 establece:

"ARTICULO. 142. -Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º.) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los 30 días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

PARAGRAFO.-Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual".

Debe precisarse que el mencionado artículo fue objeto de estudio de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional en sentencia del 15 de septiembre de 1994¹² en la cual se declaró inexecutable la expresión "actuales", la frase "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988" y el inciso final del mismo.

En consecuencia, dicho fallo extendió el pago de la mesada adicional de junio, conocida como la mesada catorce, a todos los demás pensionados con base entre otros, en el siguiente argumento:

"...Para la Sala resulta evidente que al consagrarse un beneficio en favor de los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1 o. de enero de 1988", consistente en el pago de una mesada adicional de treinta (30) días de la pensión que les corresponde a cada uno de ellos, la cual se "cancelará con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994", excluyendo a las pensiones causadas y reconocidas con posterioridad al 1 o. de enero de 1988, se deduce al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, una clara violación a la prohibición de consagrar discriminaciones en el mismo sector de pensionados, otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988".

¹² Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C- 409 del 15 de septiembre de 1994, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Luego, el Acto Legislativo 01 de 2005 "Por medio del cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política", estableció lo siguiente:

"Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

Inciso octavo (...).

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando se hubiese efectuado el reconocimiento...

PARÁGRAFO TRANSITORIO 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso octavo del presente artículo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Examinado el caso concreto en relación con las normas citadas, observa la Sala que en la Resolución N° 004901 del 18 de febrero de 2011 al ordenar la inclusión de la demandante en la nómina de pensionados se indicó que su mesada pensional debía pagarse a partir del 31 de diciembre de 2010, como quiera que el retiro del servicio acaeció el 30 de diciembre de 2010 (fls. 72 a 75).

Adicionalmente, se observa que la demandante adquirió su status de pensionada el 25 de noviembre de 2010, fecha en que cumplió los 55 años de edad y los 20 años de servicios exigidos por la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de la pensión de jubilación; es decir, después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual según lo establecido en el artículo 1° de dicho acto, bajo la óptica del inciso 8° del artículo 1° del mismo, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la mesada catorce o mesada adicional del mes de junio reclamada en las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, observa la Sala que en todo caso, si la pensión de jubilación se causa antes del 31 de julio de 2011, como aquí aconteció, podría predicarse el derecho al reconocimiento de la mesada 14 siempre y cuando la mesada pensional fuera inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento de su reconocimiento.

En este contexto, debe precisar la Sala que si se examina la Resolución VPB 32720 del 14 de abril de 2015 por medio de la cual la entidad demandada modificó la base pensional de la demandante, en principio se deduce que la mesada allí reconocida a partir del 1° de enero de 2011 tomando como base el promedio de los salarios de los últimos 10 años de servicios, es inferior a 3 salarios mínimos puesto que se reconoció una mesada de \$1.114.107 (fls. 94 a 98), siendo que los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

año 2011 equivalían a la suma de \$1.606.800¹³.

No obstante, no puede perderse de base que como se señaló en precedencia, resulta procedente ordenar a la entidad demandada que efectúe la reliquidación de la mesada pensional tomando como base el 75% del promedio de lo devengado por la señora Miryam Medina Martínez durante el último año de servicios transcurrido entre el 30 de diciembre de 2009 y el 30 de diciembre de 2010, con inclusión de los siguientes factores: asignación básica, prima de antigüedad, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la bonificación por servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad.

Así las cosas, la orden de reliquidación supone un valor más alto en la mesada pensional que la demandante debió percibir a partir del 31 de diciembre de 2010, por lo que atendiendo a los montos que la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia certifica como percibidos por la demandante durante el último año de servicios (fls. 111 a 113), procederá la Sala a efectuar la liquidación de lo que debió percibir la demandante como mesada pensional al momento de retiro, y así poder determinar si dicho monto supera o no los 3 SMMLV vigentes para el año 2010¹⁴, y por tanto, si le asiste el derecho al reconocimiento de la mesada 14.

FACTOR	VALOR	MONTO	VALOR A TENER EN CUENTA
Asignación básica	\$1.697.644	Total	\$1.697.644
Prima de antigüedad	\$ 78.351	Total	\$ 78.351
Prima de servicios	\$1.775.995	1/12	\$ 147.999
Bonificación por servicios	\$ 609.409	1/12	\$ 50.784
Prima de vacaciones	\$ 596.588	1/12	\$ 49.715
Prima de navidad	\$2.095.686	Total	\$ 174.640
SUBTOTAL			\$2.199.133
75%			\$1.649.349

Como se observa, el valor que corresponde a la demandante como mesada pensional, tomando como base el 75% del promedio de lo devengado por ella durante el último año de servicios comprendido entre el 30 de diciembre de 2009 y el 30 de diciembre de 2010, supera los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2010 que equivalen a la suma de \$1.545.000¹⁵.

Por consiguiente, atendiendo la normativa y jurisprudencia anteriormente estudiada, se concluye que la señora Myriam Medina Martínez no tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 por ella solicitada, razón suficiente para negar la pretensión octava de la demanda incluida así en la subsanación de la demanda (fls. 143 a 153).

¹³ De acuerdo con el Decreto 4834 de 2010, el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2011 equivalía a la suma de \$535.600.

¹⁴ De acuerdo con certificación obrante a folio 55, la demandante laboró en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia hasta el 30 de diciembre de 2010.

¹⁵ De acuerdo con el Decreto 5053 de 2009, el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2010 equivale a la suma de \$515.000.



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

10.4. De la prescripción

Al respecto, debe señalarse que no se encuentra llamada a prosperar la excepción de prescripción propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones toda vez que la pensión de la demandante se hizo efectiva a partir del 31 de diciembre de 2010 (puesto que la fecha de retiro definitivo del servicio fue el 30 de diciembre de 2010), la solicitud de reliquidación pensional se radicó ante la entidad el 3 de octubre de 2012 (fls. 36 a 47, 76 y 77) y la demanda se radicó el 15 de septiembre de 2015 (fl. 129); es decir, antes de cumplirse el término de 3 años de que trata el Decreto 3135 de 1968.

Por consiguiente se declarará no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

11. COSTAS

En cuanto a las costas en esta instancia, es preciso decir que no hay lugar a condenar a ninguno de los sujetos procesales, por cuanto las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente al no ordenarse la inclusión de todos los emolumentos percibidos por la demandante durante el último año de servicios, razón por la cual se dará aplicación a lo previsto en el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P. que establece *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones de *“Inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción”*, propuestas por la entidad demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: DECLARÉSE la nulidad de las Resoluciones N° GNR-29603 del 31 de enero de 2014, GNER-212215 del 11 de junio de 2014, y VPB-32720 del 14 de abril de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, deberá reliquidar y pagar la pensión de vejez de la señora MIRYAM MEDINA MARTÍNEZ identificada con C.C. No. 23.275.448 de Tunja, a partir del 31 de



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

diciembre de 2010 en cuantía del 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios comprendido entre el 30 de diciembre de 2009 y el 30 de diciembre de 2010, incluyendo los siguientes factores: **asignación básica, prima de antigüedad, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la bonificación por servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad.**

Las sumas resultantes deberán actualizarse de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de vejez de la señora MIRYAM MEDINA MARTÍNEZ, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General de Salud y Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la demandante -entonces empleada-, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a su estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

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

CUARTO: La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: NIÉGUESE la pretensión octava de la demanda referente al reconocimiento y pago de la mesada 14, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia.

SÉPTIMO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría procédase al archivo de las diligencias, dejando las anotaciones del caso.



Accionante: Miryam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

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

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO VÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Myriam Medina Martínez
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 150012333000201500656-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ

El caso estudiado en la sesión de la fecha
No. 21
13 FEB 2012
[Firma]



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

DEMANDANTE:	JAIRO HUMBERTO CARREÑO NUÑEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES
REFERENCIA:	150013333002-2016-00021-01
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Verificado el plenario, se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte actora y la entidad demandada, respectivamente, contra la sentencia proferida el día 7 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Tunja (fls. 168-177).

Para resolver se considera.

1. Oportunidad

Al tenor del numeral 1º del artículo 247 del C.P.A.C.A., el recurso de apelación debe interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada en los términos del artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante mensaje enviado al buzón de correo electrónico de los apoderados de las partes el **12 de septiembre de 2017** (fl. 178vto.), y el recurso fue presentado y sustentado por el apoderado de la entidad demandada el **22 de septiembre de 2017** (fls. 179-184) y por la parte actora el **25 de septiembre de 2017** (fls. 185-187), por lo que se entiende oportuno, (los días 16, 17, 23 y 24 de septiembre de 2017, fueron inhábiles).

2. Procedencia

El artículo 243 del C.P.A.C.A., señala:

***“Art. 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.
...”*

Por su parte, el art. 192 inciso 4 del CPACA, establece que:

“Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la

concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en primera instancia y la sentencia recurrida accedió a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, era necesaria la audiencia de conciliación, al tenor de la preceptiva ya indicada.

En la audiencia mencionada, que se llevó a cabo el 30 de enero de 2018, por parte del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, no existió acuerdo conciliatorio entre las partes, por lo que se declaró fallida y se concedió el recurso en la mencionada diligencia (fls. 191-192 y CD fl. 204), razón por la cual, es procedente la admisión del recurso.

En consecuencia, se

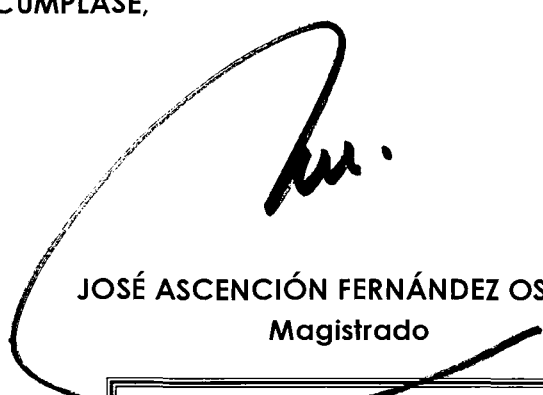
RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes demandante y demandada, respectivamente, contra la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Tunja.

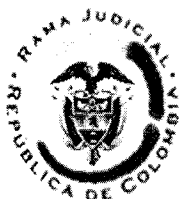
SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente este auto al Ministerio Público delegado ante esta Corporación de conformidad con el numeral 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia, las partes podrán pedir pruebas, las cuales sólo se decretarán en los casos previstos en el inciso 4º del artículo 212 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO	
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO	
N° 21	De Hoy 13 2018
A LAS 8:00 a.m.	
SECRETARIA	



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO NO. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

ACCIONANTE:	ANA HERCILIA HAMON NARANJO
ACCIONADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
REFERENCIA:	150012333000-2016-00220-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo a resolver sobre la concesión de los recursos de apelación, y teniendo en cuenta que la Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2017, es de carácter condenatoria y que contra ésta se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, de conformidad con el inciso 4º del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, se procederá a fijar fecha para la realización de la audiencia de conciliación.

Así las cosas, se fija el día **VIERNES NUEVE (09) DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS OCHO Y TREINTA DE LA MAÑANA (8:30 A.M.)**, para realizar la referida audiencia.

Por lo anteriormente expuesto se,

RESUELVE:

PRIMERO.- FIJAR el día **VIERNES NUEVE (09) DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), A LAS OCHO Y TREINTA DE LA MAÑANA (8:30 A.M.)**, a fin de celebrar la Audiencia de conciliación de que trata el Inc. 4º del artículo 192 del CPACA.

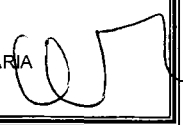
Para los apoderados judiciales de los diferentes sujetos procesales, la asistencia a la mencionada Audiencia es de carácter obligatorio, so

pena de declararse desierto el recurso interpuesto, en los términos previstos en la Ley 1395 de 2010.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO
N° 21 De Hoy _____ A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA 

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CONJUECES

Tunja, 08 FEB 2018

Medio de Control : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Eurípides Montoya Sepúlveda**
Demandado : **Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial**
Expediente : **15001-23-33-000-2016-00411-00**

Conjuez Ponente: Dra. YANETH VARGAS ROJAS

Ingresa el expediente al despacho para proveer sobre la admisión de la demanda.

En virtud de lo anterior y una vez revisado el expediente, el Despacho inadmitirá la demanda de la referencia, de conformidad con lo dispuesto artículo 170 del C.P.A.C.A., para que la parte demandante se sirva corregirla de acuerdo con las siguientes indicaciones:

1. LAS PRETENSIONES

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 162 del C.P.A.C.A., la demanda deberá contener:

*“Lo que se pretenda expresado con **precisión y claridad**. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en el mismo Código para la acumulación de pretensiones”. (...)*

Lo anterior en concordancia con el inciso segundo del artículo 163 de la misma codificación, que en su tenor regula:

“Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda”.

No obstante lo anterior, advierte el despacho del escrito de la demanda, que la pretensión sexta planteada de la siguiente manera: *“Que se ordene el pago de los intereses, a la tasa máxima legal vigente, en razón de la mora en el pago, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia del CONSEJO DE ESTADO, vale decir a partir del mes de agosto del año 2014”*, no es clara ni precisa, pues no se determina de forma concreta a que sentencia del Consejo de Estado se refiere, ni cuál es la fecha exacta de ejecutoria de la misma; información que debe ser precisa, por cuanto en la misma pretensión se indica que es a partir de la fecha de ejecutoria de dicha providencia que se piden los intereses moratorios.

En ese orden de ideas, el actor deberá precisar y aclarar a que sentencia del Consejo de Estado se refiere, y la fecha exacta de su ejecutoria.

3. LOS HECHOS

De acuerdo con el numeral 3° del artículo 162 del C.P.A.C.A. la demanda debe contener:

“Los hechos y omisiones que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados”. (...)

Lo anterior, por cuanto a la enunciación de los hechos que sustentan las pretensiones con precisión, orden y claridad, tiene como correspondencia la exigencia al demandado que éste, también exponga su posición sobre los hechos narrados por el (la) actor(a), debiendo precisar, a su turno, expresamente cuáles admite, niega o no le constan¹, lo cual asegura a cabalidad el derecho de contradicción y de defensa del demandado y posibilita adicionalmente al operador judicial, la fijación del litigio al cual se refiere el numeral 1° del artículo 180 del CPACA.

Si los argumentos fácticos no se encuentran debidamente determinados, separados y numerados, resulta dispendioso tanto para las partes como

¹ Art. 96 numeral 2° CGP

para el funcionario judicial establecer con certeza respecto de qué aspectos no hay discusión entre los litigantes para así evitar un desgaste en la práctica de pruebas respecto de esos hechos.

Por lo tanto, le asiste el deber al funcionario director del proceso, hacer el control de legalidad a la demanda y su contestación, precisamente en procura de adelantar un proceso, organizado, claro, transparente y en observancia a los principios de celeridad y economía procesal.

El concepto de hecho, término derivado del latín factus, permite describir a aquello que ocurre, las acciones, la obra o la cuestión a la cual se hace referencia. Es decir, no puede confundirse con los fundamentos de derecho, presupuestos procesales o con inferencias inductivas o deductivas del demandante. Se agrega que los hechos, deben tener relación directa con las pretensiones, ser pertinentes a la controversia y coherencia con los fundamentos de derecho y las pruebas, pues se trata de su demostración.²

Así las cosas y una vez examinada la demanda en el acápite correspondiente a los “HECHOS” el despacho advierte que los hechos y omisiones señalados en los números 2, 3, 4,5, 6, 7, 8 y 9 constituyen inferencias deductivas del demandante y fundamentos de derecho de las pretensiones por lo cual bien podrían ir en el acápite correspondiente de la demanda.

Una adecuada técnica de presentación de los hechos de la demanda persigue así mismo una contestación satisfactoria que permita individualizar en etapas posteriores (dirección temprana del proceso) las circunstancias que han de ser objeto de prueba, su carga y, demás presupuestos para que la sentencia que se emita sea de fondo; por tal razón la valoración respecto a normas jurídicas planteadas como hechos no solo constituye una afrenta al derecho a una defensa técnica sino que dificulta la fijación del litigio y el esclarecimiento de los hechos que auténticamente han de ser objeto de prueba (como no lo puede ser una norma jurídica).

En estas condiciones, el demandante deberá prescindir de los hechos que no lo son.

² Auto de fecha 8 de agosto de 2016 proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho adelantado por Marco Javier Cortés Casallas contra la Contraloría General de la República, radicación No. 15001233300020160019200

4. CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN DEL ACTO ACUSADO

Entre los anexos de la demanda el numeral 1º del artículo 166 del C.P.A.C.A establece que deberá allegarse con la copia del acto acusado sus constancias de publicación, comunicación, notificación o ejecución, según sea el caso.

En el caso *sub examine*, advierte el despacho, que no obra en el expediente la constancia de notificación de los actos administrativos demandados.

En consecuencia, la demandante deberá allegar las constancias de notificación respectivas.

Finalmente, es de anotar que la demandante deberá allegar las correspondientes copias de la demanda (en tanto el originalmente aportado está en blanco) y del escrito de corrección y del poder para los sendos traslados de la demanda, si fuera procedente su admisión. Así mismo, deberá allegar la de la demanda (en tanto el originalmente aportado está en blanco) y de la corrección de la demanda en medio magnético (CD).

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR la demanda de la referencia, por las razones expuestas en la marte motiva.

SEGUNDO: CONCEDER el término de diez (10) días a la parte demandante contados a partir de la notificación de esta providencia, para que corrija los defectos señalados, so pena de rechazo de conformidad con el artículo 170 del C.P.A.C.A.

TERCERO: La demandante deberá allegar las correspondientes copias del escrito de corrección y del poder para los sendos traslados de la demanda, si fuera procedente su admisión. Así mismo, deberá allegar la corrección de la demanda en medio magnético (CD).

CUARTO: Se reconoce personería para actuar en este proceso como apoderado judicial del doctor EURÍPIDES MONTOYA SEPULVEDA al

abogado ALBERTO RAFAEL PRIETO CELY, en los términos y para los efectos indicados en el poder visto a folio 1 y 2 del expediente

Notifíquese y cúmplase



YANETH VARGAS ROJAS
Conjuez



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

Tunja, **07** **SEP** 2018

Demandante	María Helena Sánchez
Demandado	La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Expediente	15001-23-33-000-2016-00708-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto	Sentencia de primera instancia – accede a pretensiones de reconocimiento pensional

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adelantado a través de apoderado judicial por la señora María Helena Sánchez, contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá y Municipio de Samacá.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 a 10).

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora María Helena Sánchez, presentó demanda en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá y Municipio de Samacá, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución No. 001240 de 13 de febrero de 2015 mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la demandante.

1.1. HECHOS

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

La señora María Helena Sánchez nació el 26 de agosto de 1958.



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

El alcalde del Municipio de Samacá a través del Decreto 010 de 07 de julio de 1982 nombró a la demandante como docente de primaria del municipio desde el 01 de abril de 1982.

La Secretaría de Educación de Boyacá a través del certificado de historia laboral indicó que la señora María Helena Sánchez fue nombrada en propiedad con tipo de vinculación municipal realizando los respectivos aportes pensionales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El día 22 de febrero de 2014 presentó petición ante la Secretaría de Educación de Boyacá como representante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

La Secretaría de Educación de Boyacá a través del acto administrativo demandado niega el reconocimiento de la pensión de jubilación, argumentando para ello que la docente María Helena Sánchez no es afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2. PRETENSIONES

La demandante solicitó lo siguiente:

- Declarar la nulidad de la Resolución No. 001240 de 13 de febrero de 2015 mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la demandante.
- Condenar a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Boyacá y Municipio de Samacá, reconocer y pagar a favor de la demandante pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los emolumentos que constituyen salario, efectiva a partir de que adquirió el status pensional.
- Condenar a las entidades demandadas a liquidar y pagar las mesadas pensionales adeudadas a la demandante desde cuando adquirió el status de pensionada y hasta que se produzca la inclusión en nómina.
- Se ordene el pago actualizado de las sumas de dinero adeudadas conforma al IPC según lo ordena el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, así como el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 189, 192 y 195 ibídem.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

La demandante citó como normas violadas, las siguientes: artículos 1 a 4, 48 y 53 de la Constitución Política, artículo 6 de la Ley 60 de 1993, Decreto 196 de 1995, Ley 715 de 2001, Ley 812 de 2003, Decreto 3752 de 2003, Ley 91 de 1989 y Ley 33 de 1985.

Al explicar el concepto de la violación indicó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante particularmente por cuanto la docente no se encontraba afiliada a ese Fondo.

Adujo que de acuerdo con la normatividad previamente referida, era obligación de las entidades territoriales, Municipio de Samacá y Departamento de Boyacá, adelantar el procedimiento correspondiente a fin de lograr la afiliación de la docente María Helena Sánchez al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Señaló que la omisión por parte de las entidades territoriales en la afiliación de la docente demandante, no puede ser imputada a ésta ni podrían afectar sus intereses personales, particularmente el derecho a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, menos cuando la Secretaría de Educación de Boyacá certificó que los aportes de previsión social están siendo girados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente indicó que la señora María Helena Sánchez cumple con los requisitos establecidos en la Ley 91 de 1989 y Ley 33 de 1985 para ser beneficiaria de la pensión de jubilación, la cual debe ser reconocida en cuantía del 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados por la docente durante el año anterior al status de pensionada.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fls 41 a 47)

Dentro del término de traslado de la demanda y a través de apoderado, la entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la misma y refiriéndose a cada uno de los hechos, para lo cual expuso lo siguiente:

Como argumentos de su defensa planteó que la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes a pensión, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, pues con esto se propende por la sostenibilidad del sistema.



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Adujo que la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, no cumplió el procedimiento que estable el artículo 271 del CPACA, razón por la cual se debe dar aplicación al precedente fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013.

Propuso como medios exceptivos la de vinculación del litisconsorte, falta de legitimidad por pasiva y prescripción.

2.2. Departamento de Boyacá (Fls 59 a 64)

El Departamento de Boyacá a través de apoderado judicial, dentro del término de traslado, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, con fundamento en los siguientes argumentos:

Señaló que el acto administrativo demandado se expidió conforme a las normas vigentes al momento de ingreso de la demandante al servicio docente, esto es el Decreto 2831 de 2005; en cumplimiento de dicha norma, la Secretaría de Educación de Boyacá remitió proyecto de acto administrativo a la FIDUPREVISORA reconociendo la pensión a la demandante, el cual fue devuelto mediante el oficio No. 20150170091691 de 12 de febrero de 2015, en el que se manifiesta que la señora María Helena Sánchez no se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Indicó que revisados los archivos de la entidad, se evidencia que la FIDUPREVISORA para negar el trámite de la solicitud de pensión argumenta que no se cumplió con el trámite de afiliación tal como lo establece el Decreto 2831 de 2005, argumento que no es de recibo, si se tiene en cuenta que desde el año 2004 ha recibido los aportes de la demandante tal como consta en el certificado de tiempos de servicios.

Propuso como excepción la de falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.3 Municipio de Samacá (Fls 124 a 130)

El Municipio de Samacá a través de apoderado judicial presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma en lo que respecta a dicha entidad, para lo cual manifestó lo siguiente:

Aseguró que la vinculación de la profesora María Helena Sánchez en el año 1982 efectivamente estuvo a cargo del Municipio de Samacá, vinculación que se extendió hasta el año 2002, fecha a partir de la cual por mandato de la Ley 715 de 2001, los funcionarios del sector educación fueron asumidos por el Departamento de Boyacá.



339

Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Indicó que durante la vinculación de la demandante con la entidad territorial, le fueron oportunamente girados los aportes al sistema general de pensiones que para ese momento eran administrados por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

Adicionalmente señaló que en el expediente administrativo obra oficio de fecha 11 de febrero de 2003, a través del cual la Secretaría de Educación de Boyacá, solicitó al Municipio la documentación necesaria para el trámite de afiliación de la docente María Helena Sánchez, documentación que fue enviada el 4 de marzo de 2003.

Propuso la excepción de falta de legitimación material por pasiva.

3. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

La demanda fue presentada para reparto el 19 de septiembre de 2016 (fl. 21), correspondiendo su conocimiento al Despacho N° 6 de este Tribunal, el cual mediante proveído del 02 de noviembre de 2016, resolvió su admisión y dispuso notificar a las entidades demandadas (Fls 23 a 25).

La notificación personal de la demanda a las demandadas se surtió el 23 de noviembre de 2016 (fls. 31 a 36), por lo que el traslado de la misma se vencía el 03 de marzo de 2017, término dentro del cual, las entidades demandadas presentaron contestación de la demanda.

El término de traslado de las excepciones propuestas se corrió entre el 21 y el 23 de marzo de 2017 (fl. 261), vencido el cual, mediante auto del 18 de mayo de 2017, se dispuso por el Despacho, fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A (fl. 269).

Dicha audiencia tuvo lugar el 15 de agosto de 2017 y en ella se adelantaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación y decreto de pruebas (fls. 275 a 279), resolviéndose su suspensión para recepcionar las pruebas decretadas, lo cual se hizo en la audiencias del 21 de septiembre de 2017 (Fls 319, 320).

Adelantada la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones finales.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Corrido el traslado para alegar, el apoderado del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó alegaciones señalando que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar por no incluirse en la ley los factores que pretende agregar como ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación (Fls 319 a 327).

4.2. Municipio de Samacá

Por su parte, el apoderado del Municipio de Samacá, presentó alegaciones finales reiterando los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con la contestación de la demanda, solicitando negar las pretensiones de la misma en lo que tiene que ver con esa entidad (Fls 328 a 330).

4.3. Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación

La apoderada del Departamento de Boyacá, presentó alegatos de conclusión en los que reiteró que por parte de dicha entidad se logró demostrar que cumplió con la obligación de afiliar a la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual no le asiste ninguna responsabilidad en el presente asunto (Fls 334, 335).

4.4. Parte demandante

El apoderado de la parte demandante dentro del término respectivo, presentó alegatos de conclusión en los que insistió en la prosperidad de las pretensiones (Fls 331 a 333).

4.5. Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial celebrada el 15 de agosto de 2017, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. En primer lugar corresponde a la Sala determinar si la señora María Helena Sánchez cumple con los requisitos previstos en la norma aplicable, a efectos de ser beneficiaria de la pensión de jubilación, esto es, si cumple con los requisitos de edad y tiempo de servicios requeridos para tal fin.
2. En caso afirmativo se deberá establecer la cuantía y factores salariales a incluir en la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante.



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

3. De igual forma deberá determinar la Sala si la docente María Helena Sánchez fue afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, o si por el contrario existió una omisión por parte de las entidades territoriales, Municipio de Samacá y Departamento de Boyacá en la correspondiente afiliación de la docente al mencionado Fondo, caso éste último en el cual se deberá verificar la entidad responsable del reconocimiento pensional que aquí se reclama.

4. Finalmente y en caso de prosperidad de las pretensiones, se debe determinar si en el presente caso operó el fenómeno jurídico de la prescripción, y en caso afirmativo se debe determinar el momento a partir del cual se debe contabilizar.

2. TESIS DE LAS PARTES SOBRE EL CASO SUB EXAMINE

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

2.1. Tesis argumentativa propuesta por el demandante

Considera que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por cuanto cumple con los requisitos previstos en el artículo primero de la Ley 33 de 1985, esto es, cuenta con 55 años de edad y 20 años de servicio.

En cuanto a la falta de afiliación de la docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, considera que era obligación de las entidades territoriales, municipio de Samacá y Departamento de Boyacá adelantar dicho procedimiento tal como lo dispone el Decreto 3752 de 2003.

2.2. Tesis argumentativa propuesta por la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Asegura que de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005 la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los docentes radica en cabeza de las entidades territoriales, razón por la cual dicha entidad carece de legitimidad y competencia.

De la lectura del acto administrativo demandado se evidencia que la entidad no reconoce la pensión de jubilación a la demandante por considerar que no se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

2.3. Tesis argumentativa propuesta por el Departamento de Boyacá

Asegura que en el presente caso no le asiste responsabilidad alguna, toda vez que de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005, la negación o aprobación de una prestación de un docente es determinada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la FIDUPREVISORA S.A., como administradora de los recursos.

En el presente caso el Departamento de Boyacá remitió a la Fiduciaria el expediente reconociendo la pensión, el cual fue devuelto mediante Oficio 20150170091691 de 12 de febrero de 2015 argumentando que no se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.4. Tesis argumentativa propuesta por el Municipio de Samacá

Señala que con la expedición de la Ley 715 de 2001, los docentes vinculados a las entidades territoriales no certificadas fueron asumidos por los Departamentos con la consecuente afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirma que de las pruebas allegadas al plenario se encuentra probado que durante la vinculación de la docente al municipio, se realizaron los aportes con destino al extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES.

Posteriormente con el traslado de la docente al Departamento, realizó la entrega de información y documentación para que el nuevo nominador realizara el trámite de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En tal sentido señaló que al municipio de Samacá no le asiste el deber de reconocimiento y pago de la pensión, en tanto durante la vinculación de la demandante en el ente territorial dicha carga fue trasladada al Seguro Social y a partir del año 2002 por mandato de la ley al Departamento.

2.5. Tesis de la Sala

En primer lugar indicará la Sala que contrario a lo afirmado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales en el acto administrativo demandado, la señora María Helena Sánchez si fue afiliada por parte del Departamento de Boyacá a dicho fondo desde el año 2004, fecha a partir de la cual conforme a las pruebas allegadas al plenario, se le vienen realizando los descuentos por aportes a pensión con destino a dicha entidad.

En tal sentido, ésta Sala accederá a las pretensiones de la demanda señalando que resulta dable declarar la nulidad de la Resolución N° 001240 de 13 de febrero de 2015 y ordenar el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante equivalente al 75% del promedio de lo devengado por ella durante el año anterior a la adquisición del status



Demandante: María Helena Sánchez

Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros

Expediente: 150012333000201600708-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

pensional, con inclusión de los siguientes factores: asignación básica, 1/12 de la prima de navidad y 1/12 de la prima de vacaciones.

De otro lado, dirá que atendiendo el criterio sentando o trazado por éste Tribunal en torno a éste asunto, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General de Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años anteriores a la adquisición del status de pensionada de la demandante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, dirá que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la demandante, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** De las pruebas allegadas al proceso, **ii)** Régimen jurídico aplicable para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los docentes, **iii)** Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del personal docente, **iv)** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, y, **v)** El caso concreto.

3. DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

Al plenario fueron allegados los siguientes elementos de prueba útiles a efectos de resolver los problemas jurídicos planteados:

- La señora María Helena Sánchez mediante solicitud radicada bajo el No. 2014-PENS-001074 de 22 de febrero de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación (FI 11).
- La Secretaría de Educación de Boyacá actuando en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución No. 001240 de 13 de febrero de 2015, negó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la señora María Helena Sánchez, argumentando particularmente lo siguiente (FIs 11 a 13):



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

“(…) En el presente caso, después de una verificación exhaustiva en las bases de datos y expedientes del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se pudo constatar que la señora María Helena Sánchez C.C. 24.016.347, nunca ha sido afiliada al Fondo y de tal manera tampoco se le han reconocido, ni estudiado, ni pagado, prestaciones económicas, de lo cual se puede inferir, que pertenece al grupo de docentes territoriales con pasivo prestacional (…)”.

- De acuerdo con la cédula de ciudadanía, la señora María Helena Sánchez nació el 26 de agosto de 1958, razón por la cual cumplió los 55 años de edad el 26 de agosto de 2013 (FI 14).
- De acuerdo con la certificación expedida por la Secretaria General del Municipio de Samacá, la señora María Helena Sánchez prestó sus servicios como docente municipal desde el 01 de abril de 1982 hasta el 31 de diciembre de 2002 (FI 251).
- Conforme con el reporte de semanas cotizadas expedido por el extinto Instituto de Seguros Sociales, el Municipio de Samacá efectuó cotizaciones a pensiones desde el mes de enero de 1995 al 01 de enero de 2004 (FIs 246 a 249).
- De acuerdo con formato para la expedición de certificado de historia laboral No. 0425, la señora María Helena Sánchez estuvo vinculada a la docencia en el Municipio de Samacá desde el 7 de julio de 1982 hasta la fecha, certificado en el que se indica que los aportes hasta el 05 de febrero de 2004 estuvieron a cargo del Municipio de Samacá- ISS y a partir del 01 de enero de 2006 se efectuaron aportes con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FIs 69 a 71).
- La Profesional Universitaria de Gestión de Nómina de la Secretaría de Educación de Boyacá con fecha 15 de agosto de 2017, certificó que a la demandante se le efectuaron aportes a pensión i) desde el 01 de enero de 2003 hasta el 31 de enero de 2004 al Instituto de Seguros Sociales y ii) desde el 01 de febrero de 2004 hasta la fecha al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FI 299).
- Conforme al certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá, la señora María Helena Sánchez para los años 2012 y 2013 devengó los factores salariales de asignación básica, bonificación difícil acceso 15%, prima de vacaciones, prima de navidad (FIs 94, 95).
- A folio 65 del expediente aparece copia del correo electrónico de fecha 26 de abril de 2004 enviado por el Secretario de Educación de Boyacá con destino a la FIDUPREVISORA, cuyo objeto era remitir el formato de vinculación actual diligenciado con la información de docentes que



342

Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

aportan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el mes de febrero de 2004, en donde efectivamente aparece la docente María Helena Sánchez.

- A través de la constancia de fecha 25 de agosto de 2017, expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá se indicó lo siguiente: “Que la señora María Helena Sánchez identificada con cédula de ciudadanía 24.016.347, fue incorporada a la Planta de Personal docente del Departamento de Boyacá a partir del año 2003 y afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FIDUPREVISORA, ley 91/1989) en cumplimiento del Decreto 2753 de 2003, a partir de abril de 2004.

El proceso de afiliación, se legalizó entre otros, mediante trámite adelantado a través de correo electrónico dirigido a FIDUPREVISORA, con fecha 26 de abril de 2004 (...). (FI 303).

4. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS DOCENTES

El Decreto 2277 de 1979 o “Estatuto Docente”, estableció las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente; sin embargo nada consagró en relación con las pensiones de este personal.

Al respecto la Ley 33 de 1985 por medio de la cual **se adoptaron algunas medidas en relación con las prestaciones sociales para el sector público, dispuso lo siguiente respecto de las pensiones de los empleados del sector oficial:**

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio

(...)

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.

(...)

Artículo 25º.- Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias.” (Destacado por la Sala)



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Conforme lo anterior, el empleado oficial que para el 3 de febrero de 1985, - fecha de entrada en vigencia de la Ley 33-, cumpliera con los requisitos previstos en el artículo primero, que se transcribió, esto es, que hubiese servido 20 años continuos o discontinuos y tuviese 55 años de edad tendría derecho a que se le pagara una pensión vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para hacer los respectivos aportes.

Aquellos que para el momento de la entrada en vigencia de la mencionada ley, tuvieran más de 15 años de servicio, se regirían por las disposiciones vigentes con anterioridad, esto es, la Ley 6ª de 1945.

Posteriormente, la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con el objeto de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de su promulgación; es decir, los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno nacional para el primer caso y el personal vinculado por nombramiento de entidad territorial antes del primero de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 43 de 1975¹, para el segundo caso.

Por otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 exceptuó de su aplicación a los afiliados al Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y posteriormente, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003², dispuso que **los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encontraran vinculados al servicio público educativo oficial se regiría por las normas vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma (27 de junio de 2003).**

Bajo las anteriores precisiones de orden normativo, que evidencian que a los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, les resultan aplicables las normas generales que en materia pensional definen las reglas de acceso al derecho jubilatorio para los empleados públicos, esto es las Leyes 33 y 62 de 1985, se estudian los documentos obrantes dentro del expediente en orden a desatar el fondo del asunto.

5. FACTORES SALARIALES A TENER EN CUENTA PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL PERSONAL DOCENTE.

Decantado el aspecto normativo del reconocimiento pensional, se adentrará la Sala en el análisis de los factores que deben ser tenidos en cuenta a los

¹ Artículo primero ley 91 de 1989

² Por la cual se aprueba el plan nacional de desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"



Demandante: María Helena Sánchez.

Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros

Expediente: 150012333000201600708-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

efectos de establecer el ingreso base de liquidación para el reconocimiento prestacional.

Se advierte entonces, que sobre este aspecto, el artículo tercero, inciso segundo de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de ese mismo año dispuso lo siguiente:

“Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.”

“Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.”

“En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes” (Subraya de la Sala)

Sobre esto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala Plena en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, proceso identificado con el radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01³, dispuso que **la Ley 33 de 1985 no indicaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**. En los siguientes términos se pronunció la mencionada Corporación:

“La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el

³ El criterio expuesto en esta oportunidad se encuentra vigente como lo muestran los recientes pronunciamientos de esa Corporación y de esa misma Sección, como es el caso de la sentencia del 24 de junio de 2015 de la Subsección A. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 25000-23-25-000-2011-00709-01; la sentencia del 11 de febrero de 2015, con ponencia de este mismo Consejero, dentro del expediente 68001-23-31-000-2006-03163-01; y de la misma Sala pero de la Subsección B, la sentencia del 29 de enero de 2015, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 08001-23-31-000-2010-00243-01.



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

(...)

“e) De los factores de salario para liquidar pensiones.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002⁴, precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:

“(…) El salario (…) aparece (…) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (…). En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”

(...)

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...).”

Posición que la actual jurisprudencia del tribunal de cierre de lo contencioso administrativo ha mantenido, como quiera que la interpretación dada a las Leyes 33 y 62 de 1985 respondió a la aplicación del principio de favorabilidad previsto en la norma superior en favor de los trabajadores.

6. DE LOS DESCUENTOS PARA APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Este Tribunal en sentencia del 19 de febrero de 2016, Sala de Decisión No. 3 con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp. 2014-096-01, a más de precisar el carácter parafiscal de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, indicó que el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones correlativo al derecho de percibir la pensión, debe interpretarse de forma sistemática con las normas que regulan el pago, la exigibilidad y la extinción de las obligaciones parafiscales.

⁴ Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.



344

Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Sobre este particular, se destaca que no hay obligaciones imprescriptibles, lo que atentaría contra los principios fundantes del Estado Social de Derecho, ordenar su cumplimiento, cuando **por el simple paso del tiempo, se extinguieron.**

Bajo esa óptica, concluye la Sala que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, permanece **durante toda la vida laboral**, ésta –la obligación- es susceptible del fenómeno de la prescripción, y no puede ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales.

Por tanto, en este caso, se debe realizar los descuentos sobre el retroactivo **durante los últimos cinco (5) años laborados anteriores a la fecha de adquisición del status de pensionada**, por prescripción extintiva de la obligación.

7. CASO CONCRETO

7.1. De la viabilidad del reconocimiento pensional solicitado

Descendiendo al caso concreto en primer lugar corresponde a la Sala determinar si la señora María Helena Sánchez le asiste el derecho a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, esto es, si cumple con los requisitos de edad y tiempo de servicios requeridos para tal fin.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario y que fueron reseñadas en precedencia, se encuentra probado que la señora María Helena Sánchez estuvo vinculada al servicio docente en el plantel educativo Sede el Quite del municipio de Samacá durante el periodo comprendido entre el 01 de abril de 1982 y por lo menos hasta el 01 de enero de 2016, tal como se evidencia en el certificado de historia laboral visto a folios 69 a 71.

De igual forma, se infiere que durante la vigencia de su vínculo laboral, la demandante efectuó las cotizaciones correspondientes al sistema pensional en el Instituto de Seguros Sociales por los periodos comprendidos entre el 1º de octubre de 1982 y el 31 de enero de 2004, ello por cuanto i) Así lo manifiesta el Municipio de Samacá en la contestación de la demanda, ii) igualmente así se indica en el formato para la expedición de certificado de historia laboral No. 0425 y iii) El Instituto de Seguros Sociales de manera expresa certifica aportes en el periodo comprendido entre el mes de enero de 1995 y enero de 2004.

De otro lado, se encuentra probado que la demandante fue incorporada a la planta docente del Departamento de Boyacá a partir del año 2003, efectuando su vinculación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir del mes de abril de 2004, tal como lo certifica la Oficina de Gestión de Personal de la Secretaría de Educación de Boyacá (FI 303).



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Ahora bien, atendiendo a las certificaciones obrantes en el proceso respecto a la afiliación de la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe tenerse en cuenta que la normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados a dicho Fondo, se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así:

- a) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular;
- b) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.

En consecuencia, teniendo en cuenta que conforme a las certificaciones obrantes a folios 69 a 71 y 251, la señora María Helena Sánchez se vinculó al servicio docente en el Municipio de Samacá nombrada por Decreto 010 del 7 de julio de 1982, con efectos fiscales desde el 01 de abril de 1982 y posteriormente se vinculó a la planta docente del Departamento de Boyacá, siendo afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento; es decir, las Leyes 33 y 62 de 1985.

Lo anterior, dado que la pensión de jubilación para los docentes territoriales no estaba consagrada en un régimen especial y por la remisión de la Ley 91 de 1989 les resultan aplicables las previsiones de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Por consiguiente, para el reconocimiento de su mesada pensional, a la demandante le resultan aplicables las previsiones del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 que a la letra señala:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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.



345

Demandante: ~~María Helena Sánchez~~
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.”

Así las cosas, de conformidad con el artículo 1º de la precitada Ley 33 de 1985, la señora María Helena Sánchez tenía derecho al reconocimiento de su mesada pensional al cumplimiento de los 20 años de servicios y 55 años de edad, requisitos que se cumplían el 26 de agosto de 2013, fecha en que la demandante cumplió los 55 años de edad y ya contaba con más de 20 años de servicio dado que ingresó al servicio docente el 01 de abril de 1982.

De otro lado, al tenor del precitado artículo, el monto de la pensión que debió reconocerse a la demandante, es el equivalente al 75% del salario que sirvió de base para los aportes en el último año de servicios que para el caso de los docentes, corresponde a los factores de salario devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional. Es decir, en el caso concreto, los salarios devengados entre el **25 de agosto de 2012 y el 26 de agosto de 2013.**

Lo anterior, dado que de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, en el Decreto 224 de 1.972 y en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, lo mismo que en lo señalado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, **la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes a quienes resulta aplicable esta normativa, debe practicarse con base en los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, que para los docentes será el año anterior a la adquisición del status de pensionado**, puesto que de acuerdo a estas normas pueden recibir pensión y salario⁵.

Igualmente, para efectos de determinar los factores que pueden considerarse salario, debe tenerse en cuenta los preceptos de la Ley 62 de 1985 con la aclaración efectuada por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, citada líneas atrás, según la cual constituye salario *toda retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador tales como la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.*

Ahora, de acuerdo con el certificado de salarios expedido por la profesional especializado de la Secretaría de Educación de Boyacá, durante el año anterior a la adquisición del status pensional, comprendido entre **25 de agosto de 2012 y el 26 de agosto de 2013**, la señora María Helena

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 5, Rad. N° 15001333301020130004401, M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros.



Demandante: María Helena Sanchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Sánchez devengó los factores de **asignación básica, bonificación difícil acceso 15%, prima de vacaciones y prima de navidad** (Fls. 94, 95).

En atención a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado como autoridad máxima de lo contencioso administrativo, el 4 de agosto de 2010, debe la entidad demandada incluir todos los factores devengados por el empleado, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, salvo la **bonificación de difícil acceso 15%**, por las razones que pasan a exponerse.

Observa la Sala que la bonificación por laborar en zonas de difícil acceso ha estado regulada entre otras normas en el artículo 37 del Decreto 2277 de 1979, el artículo 134 de la Ley 115 de 1994 y el artículo 24 de la Ley 715 de 2001.

Así, el artículo 37 del Decreto 2277 de 1979 previó:

“Tiempo doble. A los educadores con título docente que a partir de la fecha de expedición de este decreto desempeñen sus funciones en escuelas unitarias, áreas rurales de difícil acceso y poblaciones apartadas, se les tendrá en cuenta como doble el tiempo de servicio para efectos del ascenso en el escalafón.

El Gobierno Nacional determinará los criterios para definir dichas áreas y población.”

Por su parte, el artículo 134 de la Ley 115 de 1994 señaló:

“Incentivo especial para ascenso en el escalafón. Los docentes estatales que presten sus servicios en zonas de difícil acceso o en situación crítica de inseguridad o mineras, disfrutarán, además, de una bonificación especial y de una disminución en el tiempo requerido para el ascenso dentro del escalafón, según reglamentación que expida el gobierno nacional.”

De otra parte, el artículo 24 de la Ley 715 de 2001, vigente, dispone en su inciso 6º:

“Los docentes que laboran en áreas rurales de difícil acceso podrán tener estímulos consistentes en bonificación, capacitación, y tiempo, entre otros, de conformidad con el reglamento que para la aplicación de este artículo expida el Gobierno Nacional.”

En tema a la bonificación, la referida norma fue reglamentada por el Decreto 1171 de 2004 que en su artículo 5º advirtió:

“Bonificación. Los docentes y directivos docentes que laboren en establecimientos educativos estatales, cuyas sedes estén ubicadas en áreas rurales de difícil acceso, tendrán derecho a una bonificación equivalente al quince por ciento (15%) del salario que devenguen. Esta bonificación no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto y para su reconocimiento por parte de la entidad territorial, requerirá previa disponibilidad presupuestal.



Demandante: María Helena Sánchez
 Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
 Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Esta bonificación se pagará proporcionalmente al tiempo laborado durante el año académico en las sedes de los establecimientos educativos estatales, ubicadas en áreas rurales de difícil acceso. Se dejará de causar si el docente es reubicado temporal o definitivamente en otra sede que no reúna las condiciones para el reconocimiento de este beneficio o cuando la respectiva sede del establecimiento pierda el carácter señalado en este decreto. No tendrá derecho a esta bonificación el docente que se encuentre suspendido en el ejercicio de su cargo o en situaciones administrativas de licencia o comisión no remuneradas."

El precitado Decreto 1171 de 2004 fue derogado por el Decreto 521 de 2010 que respecto a su condición, porcentaje así como su no carácter salarial y prestacional dispuso en el artículo 5º:

"Bonificación. Los docentes y directivos docentes que laboren en establecimientos educativos estatales, cuyas sedes estén ubicadas en zonas rurales de difícil acceso, tendrán derecho a una bonificación equivalente al quince por ciento (15%) del salario básico mensual que devenguen. Esta bonificación no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto, se pagará mensualmente, y se causará únicamente durante el tiempo laborado en el año académico. Se dejará de causar si el docente es reubicado o trasladado, temporal o definitivamente, a otra sede que no reúna la condición para el reconocimiento de este beneficio, o cuando la respectiva sede del establecimiento pierda la condición de estar ubicada en zona rural de difícil acceso.

No tendrá derecho a esta bonificación quien se encuentre suspendido en el ejercicio de su cargo o en situaciones administrativas de licencia o comisión no remuneradas."

Según se aprecia por la Sala, inicialmente el beneficio previsto como tiempo doble para ascenso en el escalafón (Decreto 2277 de 1979) se amplió a tiempo doble y bonificación (Ley 115 de 1994), hasta llegar en la ley actual que le da sustento y su reglamentación a que los *docentes que laboran en áreas rurales de difícil acceso (pueden) tener estímulos consistentes en bonificación, capacitación, y tiempo*, en tanto que en lo que refiere a la bonificación, *aquella no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto.*

En Sentencia C-103 de 2003 siendo Magistrado Ponente JAIME CORDOBA TRIVIÑO, la Corte Constitucional al analizar la facultad reglamentaria del ejecutivo en torno al tema de los incentivos por laborar en zonas de difícil acceso, señaló como *ratio decidendi*:

"Ahora bien, aspecto adicional a la consagración legislativa de los estímulos a docentes, es su concreción a través de decretos reglamentarios puesto que, como se señaló, en esta materia se acude a la participación de dos autoridades: el legislador que fija los estímulos y sus elementos esenciales, y el Gobierno que determina las condiciones específicas para otorgarlos. Por consiguiente, el reglamento especifica los destinatarios, montos, modalidades, frecuencia y oportunidad de reconocimiento y pago de los estímulos, y señala los demás instrumentos requeridos para hacerlos efectivos.

El artículo 24 de la Ley 715 de 1994, al igual que lo hicieron en su momento el Decreto-ley 2277 de 1979 y la Ley 115 de 1994, consagra el estímulo a favor



Demandante: María Helena Sánchez

Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros

Expediente: 150012333000201600708-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

de los docentes y señala los parámetros generales para su reconocimiento. Señala, además, que las bonificaciones, capacitación y tiempo, entre otros estímulos, se harán efectivos de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional. Adicionalmente, es de resaltar el hecho que la norma acusada no fije porcentajes ni cuantifique los factores allí señalados, así como tampoco defina ni señale las áreas geográficas en las cuales se reconocerán, lo cual se explica en la medida que estas determinaciones corresponden al ámbito de competencia del Gobierno Nacional.

Así entonces, en el presente caso no se está ante el desconocimiento por el legislador de derechos adquiridos por los docentes que prestan sus servicios en las zonas señaladas en el artículo 134 de la Ley 115 de 1994, puesto que se trata de un asunto inherente al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional. Ello es así, en la medida en que la ley anterior y la actual condicionan el reconocimiento y pago de los estímulos a la reglamentación que para el efecto expida el Ejecutivo. El propio actor así lo reconoce en su demanda, cuando afirma que "Estas normas constituyeron un derecho para los docentes que se les ha venido reconociendo y pagando la bonificación consagrada en el Decreto 707 de 1996 Fl. 2 del expediente.

Un argumento adicional para resaltar el papel que juega el reglamento en el reconocimiento de este tipo de estímulos lo constituyen las modificaciones que introduce el Gobierno Nacional a los decretos reglamentarios, aunque la norma legal que reglamenta sea la misma. El Artículo 37 del Decreto-ley 2277 de 1979, que consideraba como doble el tiempo de servicio para efectos de ascenso en el escalafón docente, fue reglamentado en diferentes oportunidades: Decretos 2669 de 1981; 177 de 1982; 2147 de 1986 y 267 de 1988.

(...)

Por lo tanto, en la medida en que la norma acusada conserva el reconocimiento de los estímulos a los docentes, no admite su cuestionamiento por vulneración de los derechos adquiridos ni de la confianza legítima. Debate diferente sería si la Ley 715 se hubiese limitado a derogar el artículo 134 de la Ley 115, sin consagrar un principio sobre la materia. Pero ese no es el asunto que ahora corresponde conocer a la Corte.

En suma, al precisar que depende del reglamento el reconocimiento o pago efectivo de la bonificación, capacitación y tiempo, entre otros estímulos, a los docentes que prestan sus servicios en las áreas o zonas señaladas por el legislador, carece de objeto el debate propuesto ante esta jurisdicción, dado que la acción pública de inconstitucionalidad tiene como propósito confrontar los preceptos legislativos con los postulados constitucionales, para determinar su conformidad o no con la Carta Política, no así las normas reglamentarias. De tal suerte que los cargos por violación de los artículos 2º y 58 Superiores y el principio de la confianza legítima no están llamados a prosperar, toda vez que no se advierte que el inciso sexto del artículo 24 de la Ley 715 de 2001 desconozca, por sí mismo, eventual derecho adquirido alguno a los destinatarios de la norma. Por ello, se declarará su exequibilidad. Corresponde sí al Gobierno Nacional el oportuno desarrollo del precepto acusado, a fin de dar cumplimiento efectivo a la voluntad del legislador en esta materia."

Según se concluye, al Gobierno Nacional correspondía el desarrollo de los beneficios dispuestos por el Legislador en el caso de la labor desempeñada en las denominadas zonas de difícil acceso, quien en ejercicio de dicha



Demandante: María Helena Sánchez

Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros

Expediente: 150012333000201600708-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

facultad dispuso que aquellos no constituyen factor salarial ni prestacional para ningún efecto.

Aunado a lo anterior, la norma reglamentaria no ha sido suspendida o declarada nula por su Juez natural, esto es el Consejo de Estado, - según reconoce la misma Corte -, por cuanto conforme al numeral 2º del artículo 237 de la Carta Política, a este le corresponde conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

En este punto no sobra advertir que el Consejo de Estado en sentencia de fecha 14 de abril de 2005⁶, observó la improcedencia de conceder efectos pensionales a uno de los beneficios por laborar en zonas de difícil acceso como es el tiempo doble cuando refirió:

“Ahora bien, argumenta el apoderado de la actora en el recurso de apelación que el tiempo laborado desde febrero de 1975 hasta el 30 de diciembre de 1979, debe considerarse como doble en cuanto fue prestado en la Escuela Rural del Departamento del Tolima, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 37 del decreto ley 2277 de 1979 a los educadores que desempeñen sus funciones en Escuelas Unitarias Rurales de difícil acceso, se les tendrá en cuenta el tiempo laborado como doble para efectos de ascenso en el escalafón docente. El artículo 37 del decreto 2277 de 1979 prevé que a aquellos educadores con título docente que a partir de la expedición de dicho decreto desempeñen sus funciones en escuelas unitarias, áreas de difícil acceso y poblaciones apartadas, se les tendrá en cuenta como doble el tiempo de servicio para efectos de ascenso en el escalafón. Igualmente señala la norma, que el Gobierno Nacional determinará los criterios para definir dichas áreas y poblaciones. Este reconocimiento está previsto como un estímulo para los docentes que labores en las escuelas mencionadas, sólo para efectos de ascenso en el escalafón docente. No puede interpretarse en este caso, que la intención del legislador fue también, la de conceder el mencionado estímulo para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación: Para afirmarse la existencia de tal estímulo, éste ha debido consagrarse taxativamente.

Conforme a lo advertido, no es procedente la inclusión de la bonificación remunerativa especial por laborar en zona de difícil acceso, por cuanto no tiene el alcance de factor salarial ni prestacional, según lo ha dispuesto el Gobierno nacional, a quien conforme al artículo 1º de la Ley 4ª de 1992 le corresponde, entre otros, fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico.

Aunado a lo anterior, de incluirse la mencionada bonificación en favor de los docentes, se causaría a favor de éstos un beneficio no previsto en las normas generales que regulan su régimen, por cuanto de tiempo a tras se ha colegido que, los docentes que prestan sus servicios en entidades del estado, en sus diferentes órdenes, son empleados oficiales de régimen especial. Tal régimen comprende, entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (artículo 3º del decreto 2277/79) pero, en manera siquiera alguna, regula lo relativo a régimen especial de pensión. Lo anterior, por cuanto las citadas normas no previeron requisitos especiales para los

⁶ Magistrado Ponente: Alberto Arango Mantilla, Rad No 73001-23-31-000-2001-00730-01(1760-04).



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

docentes, relacionados con la edad, el tiempo de servicio y la cuantía, diferentes a los consagrados en disposiciones generales⁷.

Ahora bien, puede mencionarse que la Corte Constitucional en Sentencia C – 1218 de 2001 le dio a la bonificación alcance de salario cuando encontró:

“En ese contexto se observa que la bonificación establecida en la norma acusada constituye una retribución pecuniaria que se otorga en forma habitual y periódica, y por estas razones se subsume dentro de la definición de salario antes otorgada. Así las cosas, debe entenderse que forma parte del salario que devengan los maestros estatales, como contraprestación a la labor de docencia que otorgan a la comunidad, por virtud de su vinculación con el Estado y la prestación del servicio en las zonas del país anotadas.”

Si bien lo anterior, es de mencionar que la sentencia en comento no alude a la inclusión de la bonificación para efectos pensionales o prestacionales, como tampoco limita en forma alguna la facultad prestacional de los órganos del Estado o su reglamentación, antes bien los reitera cuando alude:

“Surge, así, en el preciso ámbito de la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, una relación entre el Congreso y el Presidente de la República con connotaciones diferentes a las normalmente observadas para la ejecución de las leyes ordinarias. En el caso de la vigencia de las leyes marco o cuadro², el Presidente de la República, al dictar los correspondientes decretos ejecutivos que las completan, participa activamente en la determinación normativa de las materias que constituyen su objeto, dentro del marco normativo general, compuesto de reglas o directrices, que como se ha dicho, el Congreso le establece, lo cual converge en una trascendente y coordinada labor normativa ejercida en forma conjunta por dos poderes públicos estatales.

La justificación otorgada a la existencia de esta clase de normatividad radica en que suministra al Estado instrumentos eficaces que le permiten dar respuestas prontas y oportunas, mediante procedimientos ágiles, a materias estatales que presentan situaciones cambiantes y que exigen constantemente una actualización y reforma, según las necesidades estatales y ciudadanas, como en efecto se observa que sucede con la facultad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para esta Sala que los incentivos por laborar en zonas de difícil acceso no constituyen factor para la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes y, en consecuencia es procedente su exclusión de la liquidación toda vez que el reglamento respectivo así lo dispuso, la Corte Constitucional ha amparado la competencia del ejecutivo en la materia y el Consejo de Estado así mismo lo ha verificado.

Finalmente ha de destacarse que la presente posición de negar la inclusión de la bonificación del 15% que devengan los docentes que laboran en Establecimientos Educativos ubicados en zonas de difícil acceso, para calcular el ingreso base de liquidación de la pensión, fue recientemente

⁷ Radicación número: 73001-23-31-000-2001-00730-01(1760-04).



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

avalada por el Consejo de Estado⁸, al considerar que dicha bonificación no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto.

En consecuencia, El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para efectos de la liquidación la pensión de la demandante, se deben incluir los siguientes factores salariales: asignación básica, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad.

7.2. De la entidad encargada del reconocimiento y pago de la pensión de la demandante

Teniendo como base que en efecto, al cumplir los requisitos de la Ley 33 de 1985, a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento pensional deprecado, resulta viable efectuar el análisis sobre la entidad a cuyo cargo está el pago de su mesada pensional.

En tal sentido, se advierte que el argumento fundamental por medio del cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de Boyacá, negó el reconocimiento y pago de pensión vitalicia de jubilación, tiene que ver con que la señora María Helena Sánchez no fue afiliada a dicho Fondo de pensiones.

Es por ello que a continuación procede la Sala a verificar si la docente María Helena Sánchez fue afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, o si por el contrario existió una omisión por parte de las entidades territoriales, Municipio de Samacá y Departamento de Boyacá en la correspondiente afiliación de la docente al mencionado Fondo, caso éste último en el cual se deberá verificar la entidad responsable del reconocimiento pensional que aquí se reclama.

Al respecto y conforme a las pruebas allegadas al plenario, la Sala encuentra probado los siguientes hechos:

- La señora María Helena Sánchez se vinculó al servicio docente en el municipio de Samacá desde el 01 de abril de 1982, entidad en la que estuvo vinculado hasta el 31 de diciembre de 2002 (FI 251), luego de lo cual fue incorporada a la Planta de Personal docente del Departamento de Boyacá a partir del año 2003, siendo posteriormente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir de abril de 2004.
- De acuerdo con la constancia de fecha 25 de agosto de 2017, expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá el proceso de legalización de la afiliación de la señora María Helena Sánchez al

⁸ Consejo de Estado. Sección Cuarta. C.P. Milton Chávez García. 11 de mayo de 2017. Rad. No. 11001-03-15-000-2017-00534-00. Demandante Mario Alberto Samacá Espitia. Demandado: Tribunal Administrativo de Boyacá.



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue adelantado a través de correo electrónico dirigido a FIDUPREVISORA, con fecha 26 de abril de 2004.

- En efecto, a folio 65 del expediente aparece copia del correo electrónico de fecha 26 de abril de 2004 enviado por el Secretario de Educación de Boyacá con destino a la FIDUPREVISORA, cuyo objeto era remitir el formato de vinculación actual diligenciado con la información de docentes que aportan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el mes de febrero de 2004, en donde efectivamente aparece la docente María Helena Sánchez.

- De igual forma, durante la vigencia de su vínculo laboral, la demandante efectuó las cotizaciones correspondientes al sistema pensional en el Instituto de Seguros Sociales por los periodos comprendidos entre el 1º de octubre de 1982 y el 31 de enero de 2004, ello por cuanto i) Así lo manifiesta el Municipio de Samacá en la contestación de la demanda, ii) igualmente así se indica en el formato para la expedición de certificado de historia laboral No. 0425 y iii) El Instituto de Seguros Sociales de manera expresa certifica aportes en el periodo comprendido entre el mes de enero de 1995 y enero de 2004.

- Adicionalmente ha de indicarse que la Profesional Universitaria de Gestión de Nómina de la Secretaría de Educación de Boyacá con fecha 15 de agosto de 2017, certificó que a la demandante se le efectuaron aportes a pensión i) desde el 01 de enero de 2003 hasta el 31 de enero de 2004 al Instituto de Seguros Sociales y ii) desde el 01 de febrero de 2004 hasta la fecha al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FI 299).

- Por último, se observa que en el Formato Único para la expedición del Certificado de Historia Laboral de la demandante, implementado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y, obrante a folios 69 a 71, se evidencia que se efectuaron cotizaciones con destino a dicho Fondo.

Los documentos así allegados por el Departamento de Boyacá como constancia de la afiliación de la señora María Helena Sánchez, ofrecen claridad sobre la vinculación de la misma al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y son coincidentes en afirmar que dicho vínculo de produjo desde el mes de febrero de 2004, lo cual resulta concordante con el historial de semanas cotizadas expedido por el extinto Instituto de Seguros Sociales, en el cual se registran aportes a pensiones hasta el 31 de enero de 2004.



Demandante: María Helena Sánchez

Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros

Expediente: 150012333000201600708-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Por consiguiente, lo que avizora la Sala es la existencia de un conflicto entre la entidad que debe reconocer las prestaciones pensionales de los docentes y el ente territorial que fungió como empleador (Departamento de Boyacá), conflicto que en modo alguno debe trasladarse a la demandante al punto que afecte su derecho pensional, puesto que resulta diáfano el cumplimiento por parte de ella, de los requisitos mínimos para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada.

De este modo, ante la inexistencia de elementos probatorios que permitan inferir que en efecto, el Departamento de Boyacá no efectuó la vinculación de la demandante al Fondo de Prestaciones del Magisterio, o la efectuó de forma tardía y la solicitud fue rechazada, considera la Sala que la orden de reconocimiento pensional debe darse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de que este pueda en el evento de existir mora en el pago de los aportes, ejercer las acciones pertinentes ante las entidades nominadoras a efectos de obtener su pago.

Por lo tanto, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Departamento de Boyacá y el Municipio de Samacá, en tanto el reconocimiento pensional está a cargo de la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente, en relación con los aportes realizados por la demandante al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, estima la Sala, que en virtud a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 33 de 1985⁹, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrá derecho a repetir contra esta entidad, a prorrata del tiempo que la señora María Helena Sánchez hubiere servido o aportado por concepto de pensión.

Bajo estos preceptos resulta dable declarar la nulidad de la Resolución No. 001240 de 13 de febrero de 2015 y ordenar el reconocimiento de la mesada pensional de la señora María Helena Sánchez, en cuantía del 75% de la sumatoria de los siguientes factores: **asignación básica, 1/12 de la prima de navidad y 1/12 de la prima de vacaciones.**

7.3. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones

Atendiendo el criterio sentando o trazado por este Tribunal en torno a esta asunto, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá realizar los

⁹ Artículo 2º. La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General de Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la actora anteriores a la adquisición del status pensional, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

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

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

7.4. De la prescripción

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, tratándose de prestación pensional, solo se afectan las mesadas causadas y no el derecho, y el conteo del término trienal se interrumpe por virtud de la petición formulada para que se satisfaga la prestación debida, tal como lo establece el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968¹⁰.

Al respecto, debe señalarse que no se encuentra llamada a prosperar la excepción de prescripción propuesta por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio toda vez que la demandante adquirió su status pensional el 26 de agosto de 2013, en tanto la solicitud de reconocimiento pensional se radicó ante la entidad el 22 de febrero de 2014 (fl. 11) y la demanda se radicó el 19 de septiembre de 2016 (Fl. 21), es decir, antes de cumplirse el término de 3 años de que trata el Decreto 3135 de 1968.

8. COSTAS

En cuanto a las **costas en primera instancia**, se condenará a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por resultar vencida en el proceso, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

¹⁰ Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual



350

Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

Lo anterior, teniendo en cuenta que la parte demandante ejerció diversas actuaciones en la primera instancia. Por tanto, se fijarán las agencias en derecho, bajo los parámetros del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 emanado de la Sala Administrativa del C.S. de la J, al tenor del art. 5, en la suma de \$300.000.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por el Departamento de Boyacá y Municipio de Samacá, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probar la excepción de prescripción propuesta por la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme lo expuesto en la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 001240 de 13 de febrero de 2015, proferida por Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá reconocer la pensión de jubilación de la señora MARIA HELENA SANCHEZ identificada con C.C. No. 24.016.347, a partir del 27 de agosto de 2013, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado durante el año anterior a la adquisición del status pensional, comprendido entre el 25 de agosto de 2012 y el 26 de agosto de 2013, incluyendo los siguientes factores: **asignación básica, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad.**

QUINTO: De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la demandante MARÍA HELENA SANCHEZ, la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante anteriores a la fecha de adquisición del status de pensionada, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de



Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la demandante 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.

SEXTO: En relación con los aportes realizados por la demandante al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones en el periodo comprendido entre el 07 de julio de 1982 y el 31 de enero de 2004, la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá derecho a repetir contra el citado Instituto, a prorrata del tiempo que la señora María Helena Sánchez hubiere servido o aportado por concepto de pensión, tal como se expresó en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Condenar a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

OCTAVO: La Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

NOVENO: Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por el trámite de esta instancia. Las agencias en derecho causadas en esta instancia se fijan en la suma de \$300.000, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto de 2016.

DÉCIMO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las constancias respectivas.



351

Demandante: María Helena Sánchez
Accionado: La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y Otros
Expediente: 150012333000201600708-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- 1ª instancia

UNDÉCIMO: Una vez en firme la presente sentencia, archívense las diligencias dejando las constancias que sean del caso.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Helena Sánchez
Demandado: La Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG
Expediente: 150012333000201600708-00

PERSONAL ADMINISTRATIVO DE LA
NOTIFICAR POR ESTADO
El auto anterior se notifica por e-
No. 21 de 2010
17 SEP 2010
CL. 1. ESTADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 3 DE ORALIDAD

Tunja, 08 FEB 2018

Magistrado Sustanciador **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : APULEYO MARIN QUITIAN
DEMANDADO : UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP
RADICACIÓN : 150012333000**201800015-00**

=====

Ingresa el expediente, previo registro en el sistema de información judicial, para decidir sobre la admisibilidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida por Apuleyo Marín Quitian contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP, lo cual se resuelve previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

El accionante, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, impetró demanda contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP para que se declare la nulidad de los autos N° ADP 006577 de 17 de mayo de 2016 y ADP 008383 de junio 27 de 2016, expedidas por la Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales de la UGPP; y como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la demandada a reconocer pensión gracia y el pago de los valores adeudados.

Se observa que el libelo presentado reúne los requisitos legales exigidos en el artículo 162 del CPACA, y en virtud de la naturaleza jurídica del asunto señalada en el artículo 104 del CPACA, así como de la competencia conferida en el numeral 2º del artículo 152¹ y numeral 3º del artículo 156 ibídem, se admitirá y se ordenará las notificaciones a que haya lugar.

Por lo expuesto, el Despacho:

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR la demanda que en el ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor Apuleyo Marín Quitian, contra la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP.

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente esta providencia a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y de Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, como lo ordena el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de treinta (30) días (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011), plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación. Se le advierte al interesado que con la contestación de la demanda deberá allegar las pruebas que se encuentren en su poder y que pretenda hacer valer. Igualmente deberá incluir su dirección electrónica.

TERCERO: NOTIFICAR por ESTADO ELECTRÓNICO a la parte actora, con su respectivo mensaje de datos. (Art. 201 CPACA).

CUARTO: NOTIFICAR personalmente esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, como lo ordena el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de treinta (30) días (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011),

¹ La cuantía de las pretensiones es explicada de manera razonada por el actor a folio 20 C de Pruebas.

plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación.

QUINTO: ORDENAR a la parte actora que en el término de tres (3) días, contados a partir del día siguiente de la notificación por ESTADO ELECTRÓNICO, consigne en la cuenta de ahorros No. 4-1503-009030-1 del Banco Agrario de Colombia, a nombre del Tribunal Administrativo de Boyacá, la suma siete mil pesos (\$7.000), para atender los gastos ordinarios del proceso y cinco mil doscientos pesos (\$5.200) para el traslado a los Procuradores Delegados ante esta Corporación.

SEXTO: RECONOCER personería para actuar en este proceso al abogado Jorge Enrique Gaviria Alturo, identificado con C.C. No. 79.557.713 de Bogotá y T.P.No.246.458 del C. S. de la J., como apoderado judicial de la parte demandante en los términos y para los efectos del poder a él conferido.

Notifíquese y Cúmplase

FABIO IVÁN AFANADOR GARCIA
Magistrado

CMG

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
SALA UNICA
NOTIFICACION POR ESTADO
Se debe cancelar la notificación por estado
No. 21 de hoy, 03 FEB 2018
SUSCRITO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

Magistrado: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **- 8 FEB. 2018**

ACCIÓN:	VALIDEZ DE ACUERDO
REFERENCIA:	150012333000201800020-00
DEMANDANTE:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRÁ- Acuerdo No. 026 del 26 de noviembre de 2017

Ingresa el expediente al Despacho para resolver sobre la admisión de la demanda interpuesta por el Departamento de Boyacá contra la validez de los artículos 24, 59, 130 y 131 del Acuerdo No 026 del 26 de noviembre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Chiquinquirá y sancionado por el Alcalde Municipal.

Conforme con la documentación aportada, obra a folio 17 constancia de radicación del Acuerdo No. 026 del 26 de noviembre de 2017 *"por el cual se expide el nuevo reglamento interno del Concejo Municipal de Chiquinquirá y se deroga el acuerdo municipal No 022 de 2007"* ante la Dirección Jurídica del Departamento de Boyacá el 12 de diciembre de 2017; y que fue remitido a esta Corporación el 17 de enero de 2018.

Por lo tanto, el accionante se encuentra dentro de la oportunidad señalada por el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 para interponer la demanda. Así las cosas, satisfechos los requisitos exigidos en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, artículos 117 a 121 del Decreto Ley 1333 de 1986, para el trámite de la solicitud, el Despacho:

RESUELVE:

PRIMERO: ADMÍTASE la demanda interpuesta contra los artículos 24, 59, 130 y 131 de la validez del Acuerdo N° 026 del 26 de noviembre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Chiquinquirá.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente este auto al Alcalde Municipal de Chiquinquirá, Personero Municipal, al Presidente del Concejo Municipal de la misma localidad y al Ministerio Público delegado ante esta Corporación,

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 3 DE ORALIDAD**

Magistrado Sustanciador: **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Tunja, 06 FEB 2019

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD SIMPLE
DEMANDANTE:	ALBA LUCÍA PALACIOS BLANCO
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE DUITAMA, PERSONERÍA MUNICIPAL DE DUITAMA, DEFENSORÍA DEL PUEBLO, PROCURADURÍA DELEGADA AMBIENTAL Y AGRARIA.
EXPEDIENTE N°:	150012333000 201800026-00

=====

Procede el despacho a resolver lo que en derecho corresponda, respecto de la competencia para conocer de la demanda de la referencia presentada por la señora Alba Lucía Palacios Blanco, en contra del Municipio de Duitama, Personería Municipal de Duitama, Defensoría del Pueblo y Procuraduría Delegada Ambiental y Agraria.

En ejercicio del medio de control de nulidad simple previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), la señora Alba Lucía Palacios Blanco, obrando por conducto de apoderado judicial, concurre ante esta jurisdicción en procura de obtener la declaratoria de nulidad parcial del Acuerdo 039 del 11 de septiembre de 2011, expedido por el Concejo Municipal de Duitama, "POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA LA ESTRUCTURA DEL ARTICULADO DEL ACUERDO 010 DE 2002 Y SE INCLUYE OTRAS DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES AL ORDENAMIENTO TERRITORIAL".

El Despacho remitirá, por competencia, las diligencias a los Juzgados Administrativos de Duitama, previa las siguientes

I. CONSIDERACIONES

Vistos los antecedentes, procederá el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda sobre la competencia para conocer de la

demanda de la referencia, presentada por la señora Alba Lucía Palacios Blanco, en contra del Municipio de Duitama y Otros.

I.1. De la competencia para conocer del medio de control de NULIDAD SIMPLE contra los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos municipales según el Decreto 01 de 1984 (anterior Código Contencioso Administrativo).

Inicialmente, la competencia para conocer en primera instancia de la acción de simple nulidad contra los actos administrativos proferidos por los concejos municipales o los alcaldes, correspondía a los Tribunales Administrativos, de conformidad con lo señalado por el artículo 132 del Decreto 01 de 1984. Al respecto, consagraba la norma:

"Art. 132.- Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

1. De los de nulidad de los Actos Administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden Departamental, Distrital y Municipal, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados ordenes. (...)"

En este orden de ideas, la competencia para conocer de la acción de simple nulidad contra los actos administrativos expedidos por funcionarios u organismos del orden Distrital y Municipal, radicaría en esta Corporación, según lo señalado por el artículo 132 del anterior Código Contencioso Administrativo; sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, derogatoria del Decreto 01 de 1984, dicha regla de competencia fue modificada.

I.2. De la competencia para conocer del medio de control de nulidad simple contra los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos municipales según la Ley 1437 de 2011 (actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA).

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, la regla de competencia señalada en el artículo 132 del anterior Decreto 01 de 1984, fue modificada, como quiera que de conformidad con el artículo 155 del CPACA., la competencia que en principio tenía los Tribunales Administrativos en primera instancia para conocer de la nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios del orden distrital y municipal fue radicada en los Juzgados Administrativos en primera instancia. Al respecto señala la norma:

"Art.155.- Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a ese régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas. (...)"

Ahora bien, como quiera que en el presente asunto la señora Alba Lucía Palacios Blanco, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad simple previsto en el artículo 137 del CPACA, solicita la declaratoria de nulidad del Acuerdo 039 del 11 de septiembre de 2009 (POT), expedido por el Concejo Municipal de Duitama, y en razón a que la Ley 1437 de 2011 trasladó la competencia que en principio tenían los Tribunales Administrativos para conocer en primera instancia de la nulidad de actos expedidos por funcionarios del orden municipal a los juzgados administrativos, habrá de remitirse el expediente por competencia a los Juzgados Administrativos del Circuito de Duitama.

En mérito de lo expuesto el Despacho,

II. RESUELVE:

Por la Secretaría de la Corporación, **REMÍTASE** por competencia el proceso de la referencia a los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Duitama, en orden a que se proceda a su respectivo reparto, y se provea lo pertinente. Líbrese oficio remisorio y desanótese.

Notifíquese y cúmplase


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

CMG

INFORME DE MONITORIO
DE GO/ADA
EVALUACION POR ESTADO
21 FEB 2016
[Signature]



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

Magistrado: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, **8 FEB.** 2018/

ACCIÓN:	VALIDEZ DE ACUERDO
REFERENCIA:	150012333000201800069-00
DEMANDANTE:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE FLORESTA-Acuerdo No. 025 del 28 de noviembre de 2017

Ingresa el expediente al Despacho para resolver sobre la admisión de la demanda interpuesta por el Departamento de Boyacá contra la validez del Acuerdo No 025 del 28 de noviembre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Floresta y sancionado por el Alcalde Municipal.

Conforme con la documentación aportada, obra a folio 10 constancia de radicación del Acuerdo No. 025 del 28 de noviembre de 2017 *"por el cual se fija el plan de presupuesto para el funcionamiento de la Personería Municipal de Floresta para el año 2018"* ante la Dirección Jurídica del Departamento de Boyacá el 13 de diciembre de 2017; y que fue remitido a esta Corporación el 01 de febrero de 2018 (fl.25).

Por lo tanto, el accionante se encuentra dentro de la oportunidad señalada por el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 para interponer la demanda. Así las cosas, satisfechos los requisitos exigidos en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, artículos 117 a 121 del Decreto Ley 1333 de 1986, para el trámite de la solicitud, el Despacho:

RESUELVE:

PRIMERO: ADMÍTASE la demanda interpuesta contra la validez del Acuerdo N° 025 del 28 de noviembre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Floresta.

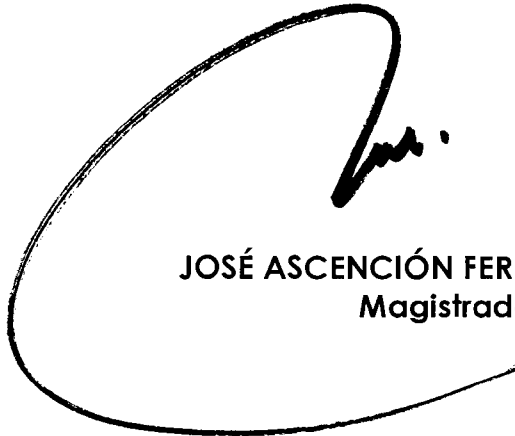
SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente este auto al Alcalde Municipal de Floresta, Personero Municipal, al Presidente del Concejo Municipal de la misma localidad y al Ministerio Público delegado ante esta Corporación, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 1333 de 1986 y el artículo 171 numeral 1 del CPACA.

TERCERO: Realizada la notificación, fíjese en lista el proceso por el término de 10 días de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 1333 de 1986, para los efectos allí previstos.

CUARTO: Cumplido lo anterior, regrésese el expediente al Despacho para continuar con el trámite establecido en el Decreto Ley 1333 de 1986 artículo 121.

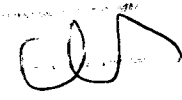
QUINTO: Se reconoce personería para actuar a la Abogada **LUZ ELIYER SIERRA RUSSI**, identificada con la C.C. No 51.728.001 de Bogotá y Tarjeta Profesional No 67.179 del C.S.J., como apoderada de la demandante, en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 1 del plenario.

Notifíquese y cúmplase



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

RECEIVED
DE BOYACÁ
21
2010





REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

REFERENCIA :	VALIDEZ DE ACUERDO
RADICACIÓN:	150012333000201800077-00
ACCIONANTE:	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
ACCIONADO:	MUNICIPIO DE NUEVO COLON

Ingresa el expediente al Despacho para resolver sobre la admisión de la solicitud de examen de validez presentada por el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, referente al Acuerdo No. 024 del 7 de diciembre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Nuevo Colon

Conforme con la documentación aportada, obra a folio 12 constancia de radicación del Acuerdo. No. 024 del 7 de diciembre de 2017, *"por medio del cual se adopta el presupuesto general de ingresos y gastos del municipio de Nuevo Colon para la vigencia fiscal 2018"*, expedido por el Concejo Municipal de Nuevo Colon (Boyacá), ante la Dirección Jurídica del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ el 20 de diciembre de 2017, y se observa que el mismo fue remitido a esta Corporación el 1 de febrero de 2018 (f. 59).

Por lo tanto, la entidad territorial accionante se encuentra dentro de la oportunidad señalada en el artículo 119 del Decreto Ley No. 1333 de 1986 para solicitar el examen de validez. Así las cosas, satisfechos los requisitos exigidos en el numeral 10º del artículo 305 de la Constitución Política y los artículos 117 a 121 del Decreto Ley No. 1333 de 1986, para el trámite de la solicitud, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR la solicitud de examen de validez del Acuerdo No. 024 del 7 de diciembre de 2017, expedido por el Concejo Municipal de Nuevo Colon.

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente este auto al Alcalde Municipal de Nuevo Colon, al Personero Municipal, al Presidente del Concejo Municipal de la misma localidad y al Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley No. 1333 de 1986 y el numeral 1º del artículo 171 del CPACA.

TERCERO: Realizada la notificación, fíjese en lista el proceso por el término de 10 días, de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley No. 1333 de 1986, para los efectos allí previstos.

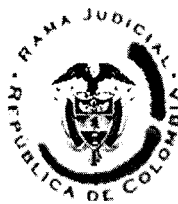
CUARTO: Cumplido lo anterior, regrésese el expediente al Despacho para continuar con el trámite establecido en el artículo 121 del Decreto Ley No. 1333 de 1986.

QUINTO: Se reconoce personería a la abogada **LUZ ELIYER SIERRA RUSSI**, identificada con C.C. No 51.728.001 y T.P. No. 67.179 del C. S. de la J., para actuar como apoderada de la entidad accionante, en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 1 del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO
Nº 21 DE HOY
A LAS 8:00 A.M.
SECRETARIA 



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

DEMANDANTE:	FAUSTINO CONTRERAS RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO FUERZAS MILITARES- CREMIL
REFERENCIA:	150013333002201400181-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 8 de agosto de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Tunja (fls. 142-152 y CD fl. 153).

Para resolver se considera.

1. Oportunidad

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse ante el Juez que dictó la providencia por escrito, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada en los términos del artículo 202 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, en estrados el **8 de agosto de 2017** (fl. 152), y el recurso fue presentado y sustentado por la apoderada de la entidad accionada el **14 de agosto 2017** (fls. 169-171), por lo que se entiende oportuno, (los días 12 y 13 de agosto de 2017, fueron inhábiles).

2. Procedencia

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé:

*“Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia o por los Jueces administrativos:
(...)”.*

Por su parte, el art. 192 inciso 4 del CPACA, establece que:

“Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o

magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso."

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en primera instancia y la sentencia recurrida accedió a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, era necesaria la audiencia de conciliación, al tenor de la preceptiva ya indicada.

La audiencia post fallo, se llevó a cabo el 26 de octubre de 2017, siendo necesario otorgar el termino previsto en el artículo 103 de la Ley 446 de 1998, para que la parte actora justificara su inasistencia; termino dentro del cual no se hizo pronunciamiento alguno, razón por la cual, fue concedido el recurso de apelación a través de auto del 18 de enero (fl 178), por lo anterior, es procedente la admisión del recurso.

Por lo expuesto, se

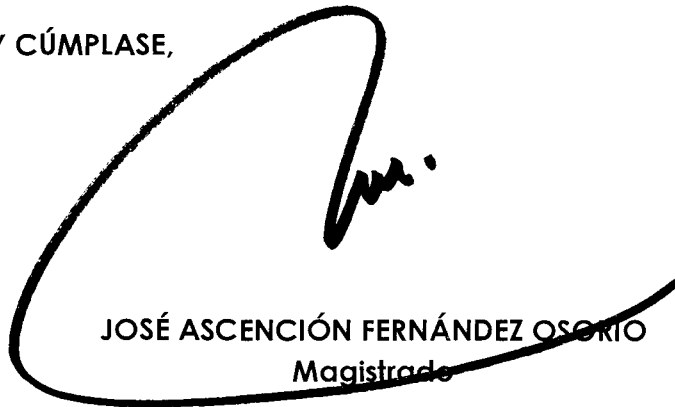
RESUELVE:

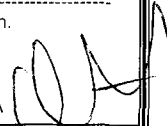
PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 8 de agosto de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Tunja.

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente este auto al Ministerio Público delegado ante esta Corporación de conformidad con el numeral 3° del artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia, las partes podrán pedir pruebas, las cuales sólo se decretarán en los casos previstos en el inciso 4° del artículo 212 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRONICO
N° <u>21</u> De Hoy _____ A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA 



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

Tunja, 10 de febrero de 2018

Demandante	Norma Stella Del Carmen Forero Bernal
Demandado	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP
Expediente	15001-33-33-002-2015-00090-01.
Medio de control	Ejecutivo.
Tema	Auto acepta impedimento procurador.

Previo a la realización de la audiencia de que trata el artículo 327 del CGP, Procede la Sala a pronunciarse sobre el impedimento presentado por el Doctor LUIS ARTURO HERRERA HERRERA, Procurador 45 Judicial II en asuntos Administrativos.

I. ANTECEDENTES

El Procurador 45 Judicial II en asuntos Administrativos, mediante escrito de fecha 06 de febrero de 2018, puso en conocimiento de esta Corporación¹, el impedimento en el que considera encontrarse incurso, esto es el numeral noveno del artículo 141 del Código General del Proceso, aplicable a los agentes del Ministerio Público conforme lo dispone el artículo 133 del CPACA.

Lo anterior, como quiera que según su dicho ha mantenido desde hace más de 20 años un grado de amistad, que se puede considerar en grado de “intima”, con el apoderado de la parte demandante Dr. Luis Alfredo Rojas León, la cual se ha venido afianzando y consolidando en los últimos años.

En consecuencia, solicitó que se le dé trámite al impedimento y se proceda a la designación del funcionario que debe ejercer la intervención como Ministerio Público en las presentes diligencias.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 133 de la Ley 1437 de 2011 consagra:

“Artículo 133. Impedimentos y recusaciones de los agentes del Ministerio Público ante esta jurisdicción. Las causales de recusación y de impedimento previstas en este Código para los Magistrados del Consejo de Estado, Magistrados de los Tribunales y jueces administrativos, también son aplicables a

¹ Folio 217



Demandante: Norma Stella Del Carmen Forero Bernal
Demandado: UGPP
Expediente: 150012333-002-2015-00090-01.
Ejecutivo

los agentes del Ministerio Público cuando actúen ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”

Por su parte, el art. 130 del CPACA, al clasificar las causales respecto de las cuales los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, además de las situaciones expresamente allí contempladas, establece los casos señalados en el art. 150 del CPC².

Así entonces, el artículo 141 del Código General del Proceso, establece:

“Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. *Son causales de recusación las siguientes:*

1. (...)

9. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado”.

Según los precisos alcances de la norma, las circunstancias que pueden originar la recusación tienen que ver con que alguna de las partes, su representante o apoderado, tenga enemistad grave o amistad íntima con el juez.

En tal sentido, encuentra la Sala que el Dr. Luis Hernando Herrera Procurador Delegado ante ésta Corporación, manifestó tener una amistad íntima con el señor Luis Alfredo Rojas León, quien funge como apoderado de la parte demandante según se advierte en el memorial poder visto a folio 1 del expediente.

Así las cosas, considera esta Sala que se encuentra configurada la causal de impedimento prevista en el numeral 9 del artículo 141 del CGP manifestada por el Dr. Luis Arturo Herrera Herrera Procurador 45 Judicial II Administrativo siendo procedente declararla.

Corolario de lo anterior, y en obediencia al artículo 134 del CPACA, se ordenará su reemplazo por quien le siga en orden numérico, de tal forma que se designa al señor Procurador 46 Delegado para Asuntos Administrativos de Tunja, para que asuma el conocimiento como Ministerio Público del presente asunto.

Teniendo en cuenta lo anterior, por Secretaria de ésta Corporación, deberá pasar el proceso de la referencia al **Procurador 46 II Delegado para asuntos Administrativos**, para que proceda a intervenir en el presente asunto, si a bien lo tiene.

² Norma derogada por la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, aplicable a la jurisdicción contencioso administrativa desde el 1 de enero de 2014 conforme a auto de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado proferido el 25 de junio de 2014, con ponencia del Consejero Doctor Enrique Gil Botero, el expediente con radicación: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ) Número interno: 49.299, Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A, Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social.



Demandante: Norma Stella Del Carmen Forero Bernal
Demandado: UGPP
Expediente: 150012333-002-2015-00090-01.
Ejecutivo

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: ACEPTAR EL IMPEDIMENTO, en el presente proceso, manifestado por Dr. LUIS ARTURO HERRERA HERRERA Procurador 45 Judicial II en asuntos Administrativos delegado ante éste Tribunal.

SEGUNDO.- Por la Secretaría de esta Corporación, pase el proceso de la referencia al **Procurador 46 Judicial II para Asuntos Administrativos**, para que proceda a intervenir en el presente asunto, si a bien lo tiene.

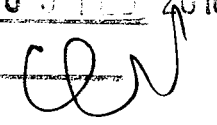
TERCERO: La nueva fecha para la celebración de la audiencia de que trata el artículo 237 del CGP, se fijará mediante auto que se notificará a las partes por estado.

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
NOTIFICADO POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
de 21 de 09 de FEB 2018
EL SECRETARIO 



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

Tunja, 07 FEB 2018

Demandante	Simón Aguilar.
Demandado	Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Expediente	15759-3333-002-2016-00143-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Confirma sentencia de primera instancia que accedió a pretensiones de reliquidación pensional

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES (fls. 117 a 121), en contra de la sentencia del 21 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 99 a 103).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 3 a 16).

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., el señor Simón Aguilar solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 77431 de 10 de marzo de 2014, por medio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones reconoció la pensión mensual por vejez, así como la nulidad total del acto administrativo No. GNR 262568 de 05 de septiembre de 2016, que negó la reliquidación de su mesada pensional sin incluir todos los factores de salario devengados en el último año de servicios.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la demandada reliquidar su pensión por vejez teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año del servicio.

Así mismo, solicita condenar a la demandada a reconocer, liquidar y pagarlas diferencias de las mesadas y los intereses de mora, sobre las sumas dejadas de percibir; y que se dé cumplimiento a la sentencia en el término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.1. Hechos

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



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

- El demandante laboró al servicio de la Superintendencia de Notariado y Registro, en calidad de auxiliar administrativo durante 35 años, 7 meses y 26 días, desde el 5 de septiembre de 1978 hasta el 30 de abril de 2014.
- Señaló que el señor Simón Aguilar nació el 15 de agosto de 1958.
- Indicó que solicitó la pensión el 22 de octubre de 2013, es así como la Administradora Colombiana de Pensiones, mediante Resolución N° GNR 77431 del 10 de marzo de 2014, reconoció a favor del demandante, la pensión de vejez, efectiva a partir del 01 de mayo de 2014, siendo beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994.
- El 05 de julio de 2016, el demandante solicitó ante la entidad demandada, la reliquidación de su mesada pensional con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios, petición que le fue resuelta a través de la Resolución N° GNR 262568 del 05 de septiembre de 2016, negando lo reclamado.
- Agrega que el demandante adquirió el status pensional el 15 de agosto de 2013, no obstante no se tuvo en cuenta para la liquidación de su pensión los factores que devengó durante el último año de servicios tales como prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

1.2. Normas violadas

Invocó como violadas las normas previstas en las siguientes disposiciones: artículos 2, 13 y 53 de la Constitución Política; el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; las Leyes 33 y 62 de 1985 y las sentencias del 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016, proferidas por el Consejo de Estado.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término procesal correspondiente, la apoderada de la entidad demandada, presentó contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones (fls. 67 a 80).

Señaló que su representada ha actuado en forma legal y aplicando la normatividad vigente para el reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, además de la reliquidación pensional, por lo cual señala que los actos administrativos demandados fueron expedidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, aplicables a los beneficiarios del régimen de transición; además resalta que no es factible que se declare la nulidad de



Demandante: Simón Aguilar
 Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
 Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

las resoluciones expedidas por su representada puesto que se generaría un perjuicio patrimonial a la demandada.

Como sustento jurisprudencial se refirió a la sentencia C-258 de 2013, en la cual menciona el ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición por extensión debe tomarse como base o fundamento legal el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en razón de que el legislador al aprobar la normatividad en comento “restringió las reglas del IBL”, con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social del país, tales como la universalidad, solidaridad, eficiencia y equidad, con el fin de cumplir el mandato de distribución equitativa de los recursos públicos conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución.

Propuso las siguientes excepciones: *i)* Falta de integración del contradictorio o integración del Litisconsorcio necesario numeral 9 artículo 100 del C.G.P, *ii)* Inexistencia del derecho y la obligación, *iii)* Improcedencia de intereses moratorios, *iv)* Improcedencia de indexación, *v)* Cobro de lo no debido; *vi)* Buena fe de Colpensiones, *vii)* Prescripción, *viii)* Compensación o deducción de pagos realizados e *ix)* Innominada o genérica.

3. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sogamoso, puso término a la instancia mediante sentencia de fecha 21 de junio de 2017, a través de la cual resolvió acceder a las pretensiones de la demanda (fls. 99 a 103).

Es así como luego de hacer un estudio de los antecedentes del caso y de los fundamentos legales y jurisprudenciales que le resultan aplicables, señaló que se encuentra demostrado que el demandante es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, su pensión de jubilación se rige por la Ley 33 de 1985.

Se refirió a la aplicación inescindible de las normas cuando se determine que resultan más favorables en un caso específico y en relación con los factores que deben incluirse en la mesada pensional del demandante, trajo a colación la sentencia del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, citando los demás fallos del Consejo de Estado en que se ha adoptado tal postura.

Definió que dado que el demandante se encuentra cobijado por la Ley 33 de 1985, su mesada pensional debió ser del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, tomando como base todos los factores de salario devengados en el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 2013 y el 30 de abril de 2014.

Precisó que en la certificación de salarios, el demandante devengó los factores de asignación básica, subsidio de transporte, auxilio de



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

Indicó que contrario a lo afirmado en la contestación de la demanda, Colpensiones no tuvo en cuenta la totalidad de factores salariales que devengó el demandante en el último año de servicios, por lo que resulta procedente ordenar la reliquidación de la mesada pensional.

Concluyó que debe declararse la nulidad de los actos demandados y que no se encuentran probadas las excepciones propuestas.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad para ello, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por la *a quo* (fls. 117 a 121), solicitando se revoque la misma.

Se opuso a la condena efectuada a su representada por considerar que no es posible reliquidar la pensión con el IBL de la Ley 33 de 1985, ya que a la fecha se encuentra vigente jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, y además por cuanto debe tomarse como base o fundamento legal el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en razón de que el legislador al aprobar la normatividad en comento “restringió las reglas del IBL”, con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social del país, tales como la universalidad, solidaridad, eficiencia y equidad, con el fin de cumplir el mandato de distribución equitativa de los recursos públicos conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución.

Solicitó dar aplicación a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, proferidas por la Corte Constitucional, como quiera que en el presente asunto se discute el monto pensional de servidor público beneficiario del régimen de transición, cuyos factores salariales a liquidar son única y exclusivamente los que efectivamente fueron cotizados, en virtud del principio de solidaridad y sostenibilidad presupuestal y el equilibrio financiero del sistema de seguridad social integral.

Finalmente señaló que aplicando lo indicado por la Corte Constitucional en las sentencias mencionadas, se logra concluir que el demandante no tiene derecho a que se realice la reliquidación de la prestación pensional, por cuanto así lo ha determinado el conjunto del sistema normativo colombiano.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Parte demandada



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Corrido el traslado para alegar de conclusión, se pronunció la apoderada judicial de la entidad demandada (fls. 150 a 155) reiterando en su totalidad los argumentos expuestos al contestar la demanda y presentar el recurso de apelación.

5.2. Parte demandante

Dentro de la oportunidad dada para ello, la parte demandante no presentó alegaciones.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el recurso interpuesto por la parte demandada contra la decisión de primera instancia, corresponde a ésta Sala establecer si es procedente el reajuste de la pensión por vejez del demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por la a quo

Su decisión se encaminó a acceder a las pretensiones de la demanda en razón a que concluyó que el demandante es beneficiario del régimen de transición y que su mesada pensional debe ser reliquidada con todos los factores devengados en el último año de servicios, esto es del 1º de mayo de 2013 y el 30 de abril de 2014, incluyendo asignación básica, subsidio de transporte, el auxilio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante

Su inconformidad radica en que si bien el régimen que rige la situación pensional del demandante, es el previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, lo cierto es que su aplicación se supedita básicamente a la edad, el tiempo y el monto; en lo demás, como los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, corresponde observar los previstos en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, tales como el Decreto 1158 de 1994.

Adujo que no es viable entrar a reliquidar la pensión con el IBL de la Ley 33 de 1985, ya que a la fecha se encuentra vigente jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, pues debe tomarse como base o fundamento legal



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en razón de que el legislador al aprobar la normatividad en comento “restringió las reglas del IBL”, con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social del país, tales como la universalidad, solidaridad, eficiencia y equidad, con el fin de cumplir el mandato de distribución equitativa de los recursos públicos conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución.

Afirmó que corresponde al Tribunal dar aplicación a las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, proferidas por la Corte Constitucional, como quiera que en el presente asunto se discute el monto pensional del servidor público beneficiario del régimen de transición, cuyos factores salariales a liquidar son única y exclusivamente los que efectivamente fueron cotizados, en virtud del principio de solidaridad y sostenibilidad presupuestal y el equilibrio financiero del sistema de seguridad social integral.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia por considerar que en aplicación del precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2010, tal como lo señaló el *a quo*, al demandante le asiste el derecho a que en la base de liquidación de su prestación pensional le sean incluidos la totalidad de los factores salariales que devengó durante el año anterior al retiro del servicio y que no fueron incluidos en el acto de reliquidación, valga decir, en la Resolución No. GNR 262568 del 05 de septiembre de 2016.

En tal sentido establecerá que las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, no resultan aplicables al presente caso, en tanto no se cumple con las subreglas fijadas por la Corte Constitucional a efectos de hacer viable su aplicación, esto es, que la prestación se haya obtenido con abuso del derecho, o que el derecho pensional se haya causado con posterioridad a la expedición de la sentencia de unificación SU-230 de 2015.

Dirá que es dable como lo hizo el *a quo*, declarar la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 77431 de 10 de marzo de 2014 y la nulidad total de la Resolución GNR 262568 del 05 de septiembre de 2016, la segunda de ellas en tanto si bien reliquidó la pensión de jubilación del demandante, no lo hizo con inclusión de todos los factores de salario.

Dirá igualmente que resulta viable ordenar la reliquidación de la mesada pensional del demandante con inclusión de los siguientes factores salariales: **asignación básica, subsidio de transporte, auxilio de alimentación, 1/12 de la bonificación por servicios prestados, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad.**

De otro lado, dirá que tal como lo advirtió el *a quo*, atendiendo el criterio sentando por éste Tribunal en torno a éste asunto, la Administradora



Demandante: Simón Aguilar
 Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
 Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Colombiana de Pensiones – 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 demandante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, dirá que la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al demandante – entonces empleado – en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: el **i)** Régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; el **ii)** Régimen prestacional anterior previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985; el **iii)** Desarrollo jurisprudencial en torno a los factores salariales tenidos en cuenta para liquidar la pensión de vejez según la Ley 33 de 1985; la **iv)** Obligatoriedad del precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado, el **v)** Ámbito de aplicación de las sentencias C-258 de 2013, SU 230 de 2015 y SU-427 de 2016 proferidas por la Corte Constitucional en materia de factores pensionales, **vi)** De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, para finalmente resolver el **vii)** Caso concreto.

2. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

En virtud de la Ley 100 de 1993, fue creado el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 36 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

(...).

De lo anterior se infiere que la Ley 100 de 1993 instituyó un régimen de transición, entendido como aquel beneficio en favor de las personas que cumplan al entrar en vigencia la nueva ley¹ ciertos requisitos establecidos por dicho precepto, estos son, que el interesado(a) tenga mínimo 40² y 35³ años de edad o 15 o más años de servicios cotizados, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se siguen rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

3. RÉGIMEN PRESTACIONAL ANTERIOR PREVISTO EN LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985

Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 existían otros regímenes de contenido prestacional, entre ellos el previsto en la Ley 33 de 1985, el cual en su artículo 1° preceptuó:

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

La Ley 33 de 1985, en su artículo 3°, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación, así:

“ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

¹ **ARTICULO. 151.-Vigencia del sistema general de pensiones.** El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1° de abril de 1994. (...)

PARAGRAFO.-El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

² Si es hombre.

³ Si es mujer.



Demandante: Simón Aguilar
 Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
 Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

De tal suerte, que los empleados públicos con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993, se pensionaban bajo las previsiones de la Ley 33 de 1985 y las correspondientes modificaciones introducidas por la Ley 62 del mismo año, excepto que estuvieran en el régimen de transición establecido en dicha ley 33 o gozarán de un régimen especial.

De igual manera, en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100, las citadas normas siguen siendo aplicadas a los empleados públicos destinatarios de ellas.

En cuanto tiene que ver con los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, la Ley 33 de 1985 dispuso:

“Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Por su parte, la Ley 62 de 1985, modificó el artículo 3º de la Ley 33, así:

“Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Por lo anterior, se puede concluir que el cambio introducido por la ley 62 a la ley 33 se ciñó básicamente a añadir las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación a la lista de emolumentos sobre los cuales debían liquidarse y pagarse los aportes a la respectiva entidad previsional y determina que los factores sobre los que se calcularon los aportes deberán incluirse siempre en la liquidación de las pensiones.



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LOS FACTORES SALARIALES TENIDOS EN CUENTA PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN DE VEJEZ SEGÚN LA LEY 33 DE 1985

En principio el Consejo de Estado, en sus Subsecciones “A” y “B” de la Sección Segunda, en relación con los factores salariales que debían constituir el ingreso base de liquidación pensional, estableció criterios oscilantes entre el alcance del artículo 3° de la Ley 33 de 1985, en algunas ocasiones consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras, que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente expresó que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Finalmente, unificó su criterio en sentencia de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sala de la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el proceso con radicación No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112- 09), en la que señaló:

“La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios⁴.

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.” (Destacado por la Sala).

Esta es la posición que la actual jurisprudencia del tribunal de cierre de lo contencioso administrativo ha mantenido, como quiera que la interpretación dada a las Leyes 33 y 62 de 1985 respondió a la aplicación del principio de favorabilidad previsto en la norma superior en favor de los trabajadores.

⁴ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil



162

Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

En éste punto, resulta pertinente destacar que la Corte Constitucional en sentencia C-354 de 2015, se declaró inhibida para pronunciarse de fondo frente a la interpretación dada por el Consejo de Estado al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto la demanda no cumplió con los requisitos exigidos para un pronunciamiento de fondo, entre otros una carga argumentativa suficiente. En efecto indicó la Corte:

"(...) Al realizar el análisis sobre la demanda interpuesta, se encontró que ésta carece de dos requisitos sine qua non para el conocimiento de fondo, tales como suficiencia y certeza, pues en tratándose del primero, el demandante no demostró fácticamente que la interpretación aludida por él constituía efectivamente una posición sólida del Consejo de Estado, pues solo trajo a colación un caso particular, sin haber probado que dicha postura se erigió como derecho viviente. Y, además, no argumentó, de manera clara y precisa, por qué, a su parecer, tal interpretación contradice los artículos 13, 48 y 230 de la Carta Fundamental.

En cuanto a la certeza, el demandante no argumentó, de manera convincente y explícita, por qué la norma aludida no debe ser interpretada como lo hace el Consejo de Estado, sino como él y otros operadores jurídicos lo entienden.

En consecuencia, la Corte debe declararse inhibida para conocer el problema jurídico planteado en la demanda, al no contener los requisitos exigidos por la jurisprudencia y, en consecuencia, configurarse la ineptitud sustantiva de los cargos formulados (...)"

Así las cosas, la Corte Constitucional no ha encontrado una argumentación suficiente que le permita pronunciarse de fondo respecto de la interpretación que el Consejo de Estado como Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a fin de determinar si la misma contradice los artículos 13, 48 y 230 de la Constitución.

5. OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL FIJADO POR EL CONSEJO DE ESTADO

A partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011, en su artículo 10 consagró sobre las sentencias de unificación que las autoridades *"al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas"*.

El precepto citado fue objeto de control de constitucionalidad, llevado a cabo por la Corte Constitucional quien mediante sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011, declaró su exequibilidad, indicando que este tipo de sentencias son fuente formal del derecho. Al respecto, decantó:

"(...) 14. Para asumir el primero de los aspectos citados, la Corte partió de la reconceptualización del principio de legalidad, al cual se encuentra sometido la actuación de los servidores públicos, la cual vincula el concepto "ley" u "orden jurídico" a la jurisprudencia como fuente formal de derecho. Para esa postura, en tanto diversas normas constitucionales obligan a que la actuación de las autoridades administrativas esté sometida al imperio de la ley, ello



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

significa que dichos funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial, según se explicó en precedencia.

(...)

Lo anterior conlleva necesariamente una adecuada interpretación del concepto "imperio de la ley" al que refiere el artículo 230 C.P. Para la Corte, la definición de las reglas de derecho que aplican las autoridades administrativas y judiciales pasa un proceso interpretativo previo, en el que armoniza el mandato legal articular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente. A su vez, cuando esta labor es adelantada por aquellas máximas instancias de justicia, que tienen la función constitucional de unificar jurisprudencia con carácter de autoridad, las subreglas resultantes son vinculantes, siendo el sustento de esa conclusión la naturaleza imperativa que la Carta confiere a la ("institución y a la ley. En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades. (...) "

Sin embargo la anterior postura se había fijado de tiempo atrás por la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, mediante la cual se refirió a la función de unificación del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*"A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. **En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución** y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones". (Destacado por la Sala)*

A su turno, la sentencia C-539 de 2011 lo ratificó, así:

*"5.2.3. La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que **el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa —art. 29. 121 y 122 Superiores-**, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 CP);*



Demandante: Simón Aguilar
 Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
 Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

(v) las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley -art. 13 C.P.

Por tanto, si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación.

(...)

5.2.5 De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que **para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia**, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. En este sentido ha dicho la Corte:

“Lo señalado acerca de los jueces se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto.” (Resalta la Sala)

(...)

En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado esta Corte que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, **y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera, una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial.”** (Destacado por la Sala)

En efecto, la función unificadora del Consejo de Estado nació desde la Constitución Política de 1991, y se concreta o materializa con la expedición de la Ley 1437 de 2011, artículo 10, de ahí que el límite de interpretación normativa de las autoridades administrativas está sujeto a la interpretación que de las mismas haga el máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SENTENCIAS C-258 DE 2013, SU-230 DE 2015 y SU-427 DE 2016 PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FACTORES PENSIONALES

En primer lugar dirá la Sala que no resulta procedente aplicar las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU 427 de 2016, de preferencia a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, teniendo en cuenta que en sentencia SU-053 de 2015 la Corte Constitucional dijo que, los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente son:

- i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una **regla jurisprudencial** aplicable al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y *iii*) que los **hechos del caso sean equiparables** a los resueltos anteriormente, así como que, de no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo.

En tal sentido, respecto a la sentencia C-258 de 2013, tal como lo ha reiterado ésta Corporación, la misma no resulta aplicable al presente asunto, por cuanto, en ésta, el pronunciamiento de la Corte Constitucional, tuvo como destinatarios a los pensionados con régimen de congresistas y a los magistrados de Alta Corte, por homologación, razón por la cual extender los efectos de dicha sentencia a situaciones consolidadas o reguladas bajo regímenes diferentes frente a los que no se realizó el estudio de constitucionalidad, ocasionaría cambiar el contexto o la connotación de la decisión.

Posteriormente, en sentencia de unificación SU-230 de 2015, la Corte Constitucional reiteró la sentencia C-258 de 2013, e hizo extensivo al resto de regímenes pensionales, la interpretación según la cual el IBL no es un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, éste pronunciamiento en criterio reiterado por éste Tribunal, tampoco resulta aplicable al caso pues en ella se estaba resolviendo un asunto inter partes, es decir, no fijó un criterio general o abstracto respecto del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones; de manera particular se estudió una acción de tutela interpuesta por un ciudadano contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S. A., al estimar vulnerados sus derechos fundamentales por cuanto al liquidar su pensión de jubilación, esto es, se trataba de un asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria.

En éste punto advierte la Sala que la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ en sentencia de 25 de febrero de 2016, reiteró su jurisprudencia en torno a la inaplicación de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, sentencia que quedó sin efectos, mediante sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2016.

En ésta última sentencia, la Sección Quinta del Consejo de Estado indicó que la sentencia SU-230 de 2015, era un precedente jurisprudencial, obligatorio y vinculante para todos los jueces y de aplicación inmediata, al margen de si la demanda se presentó antes de que dicha Corporación fijara la tesis hoy día imperante frente al régimen de transición.

⁵ Sentencia de 25 de febrero de 2016; C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Expediente: 25000234200020130154101; Referencia: 4683-2013; Actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón



Demandante: Simón Aguilar
 Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
 Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

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

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

Finalmente en cuanto tiene que ver con la sentencia SU-427 de 2016, la misma tampoco resulta aplicable al caso bajo estudio, toda vez que de una parte, la unificación está referida a la aplicación de la acción de revisión contenida en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 a favor de la UGPP y de otro lado, el asunto allí tratado partía de la base del abuso del derecho por parte de una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, circunstancia que difiere al asunto aquí tratado;

Por todo lo anterior, concluye la Sala que las citadas sentencias no pueden ser tenidas en cuenta y conllevan a continuar aplicando en su integridad la sub regla jurisprudencial establecida por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la sentencia de unificación del cuatro de agosto de 2010, pues como se explicó representa el precedente jurisprudencial, esto es, se constituye en verdadera norma material con carácter vinculante para los Jueces y Tribunales Administrativos⁶.

7. DE LOS DESCUENTOS PARA APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Este Tribunal en sentencia del 19 de febrero de 2016, Sala de Decisión No. 3 con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp. 2014-096-01, 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

⁶En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 19 de junio de 2015, Magistrado Ponente Dr. Fabio Iván Afanador García, radicado No. 152383333752201400159-01.



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

producto de la soberanía fiscal del Estado y tienen destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible⁷.

Al respecto, el referido artículo 54 de la Ley 383 de 1997⁸, 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, transcurridos 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 últimas⁹

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

⁷ 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 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. (...)"

⁸ "Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones"

⁹ 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.



165

Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

principios fundantes del Estado Social de Derecho, ordenar su cumplimiento, cuando **por el simple paso del tiempo, se extinguieron.**

Bajo esa óptica, concluye la Sala que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, permanece **durante toda la vida laboral**, ésta –la obligación- es susceptible del fenómeno de la prescripción, y no puede ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales. 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, se debe realizar los descuentos sobre el retroactivo **durante los últimos cinco (5) años laborados**, por prescripción extintiva de la obligación.

8. DE LO PROBADO

Dentro del caudal probatorio, se observan las siguientes pruebas que constituyen piezas importantes en la resolución del asunto:

- El señor Simón Aguilar nació el 15 de agosto de 1958, de lo cual da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento (fls. 49 - 50).
- El mismo señor laboró al servicio de la Superintendencia de Notariado y Registro desde el 5 de septiembre de 1978 hasta el 30 de abril de 2014 (fl. 48).
- De conformidad con certificación expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro, el demandante laboró en esa entidad en la oficina de Sogamoso, en el cargo de auxiliar administrativo 4044-16 y durante los meses de enero de 2013 a abril de 2014 devengó los factores de asignación básica, subsidio de transporte, auxilio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad (fls. 46 - 47).
- A través de la Resolución No. GNR 77431 de 10 de marzo de 2014, la entidad demandada reconoció el pago de una pensión de vejez a favor del señor Simón Aguilar, en cuantía de \$816.945 para el año 2014 (fls. 31 - 38).
- Mediante escrito radicado el 05 de julio de 2016 ante las oficinas de Colpensiones, el demandante solicitó la reliquidación de su mesada pensional con inclusión de todos los factores de salario devengados por él durante el último año de servicios (fls. 18 - 25).
- En virtud de ello, la Administradora Colombiana de Pensiones mediante Resolución N° GNR 262568 de 05 de septiembre de 2016,



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

ordenó reliquidar la pensión de jubilación del demandante por retiro definitivo del servicio y a partir del 1º de marzo de 2014 (fls. 40 - 44).

- De igual forma reposa en el plenario CD contentivo de los antecedentes administrativos del demandante (fl. 81).

9. CASO CONCRETO

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

Analizado el caudal probatorio obrante dentro del expediente, encuentra la Sala que el señor Simón Aguilar es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al entrar en vigencia dicha ley, el 1º de abril de 1994, llevaba más de 15 años de servicio en la Superintendencia de Notariado y Registro, dado que ingresó el 5 de septiembre de 1978 (fl. 48).

De igual forma, se encuentra que para el 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo N° 001 de 2005, acreditaba más de 750 semanas cotizadas, cumpliendo de esta manera con el requisito para extender los beneficios del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, lapso máximo en el cual, el demandante debía haber cumplido la totalidad de requisitos exigidos por la norma anterior a la Ley 100 de 1993.

De tal suerte, que el régimen pensional anterior aplicable a la pensión reconocida al señor Simón Aguilar, es el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, en virtud de las cuales deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión de vejez del demandante, los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios el cual comprende desde el **1º de mayo de 2013 y el 30 de abril de 2014**.

Ahora bien, se tiene que de conformidad con la certificación expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro, durante el último año de servicios, el accionante devengó los siguientes factores: **asignación básica, auxilio de alimentación, subsidio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad** (fls. 46 - 47).

Así, en atención a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado como autoridad máxima de lo contencioso administrativo, el 4 de agosto de 2010, debe la entidad demandada incluir no solo los factores sobre los cuales se haya hecho aportes a pensiones, sino todos los factores devengados por el empleado de manera permanente y con carácter remuneratorio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.



166

Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

En consecuencia, para efectos de reliquidar la pensión del demandante, Colpensiones debe incluir en la misma, los siguientes factores salariales: **asignación básica, auxilio de alimentación, subsidio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**, precisando que los últimos 4 mencionados, serán incluidas en las 1/12 partes correspondientes por tratarse de pagos percibidos en forma anual.

Se advierte, que el sub exámine no es viable aplicar las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 invocadas por la entidad demandada en el recurso de apelación y la contestación de la demanda. La primera de ellas por cuanto quedó claro que los únicos destinatarios del análisis constitucional que se realizó en tal providencia, son los Congresistas y Magistrados de Alta Corte que tienen un régimen pensional especial previsto en la Ley 4ª de 1992, diferente al que rige la pensión del demandante, el cual está contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, frente al que no hizo referencia alguna la Corte Constitucional en esa oportunidad.

Ahora, respecto a la segunda, su aplicación está condicionada a que el derecho pensional se haya causado con posterioridad a la fecha de su expedición, circunstancia que no acontece en el presente asunto, toda vez que el derecho pensional del demandante se causó con anterioridad a la vigencia de la sentencia SU-230 de 2015.

De igual forma tampoco resulta aplicable la sentencia SU -427 de 2016, toda vez que de una parte, la unificación está referida a la aplicación de la acción de revisión contenida en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 a favor de la UGPP y de otro lado, el asunto allí tratado partía de la base del abuso del derecho por parte de una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, circunstancia que difiere al asunto aquí tratado.

Con sustento en el anterior análisis, la Sala encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados, por cuanto la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, al liquidar la pensión del señor Simón Aguilar, no tomó todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio, tal como lo establece el precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado.

Por consiguiente, es dable como lo hizo la *a quo*, declarar la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 77431 de 10 de marzo de 2014 y la nulidad total de la Resolución GNR 262568 de 05 de septiembre de 2016, en tanto si bien reliquidarón la pensión de vejez del demandante, no lo hicieron con inclusión de todos los factores de salario.

En ese orden, resulta viable ordenar la reliquidación de la mesada pensional del demandante con inclusión de los siguientes factores salariales: **asignación básica, subsidio de transporte, auxilio de alimentación, 1/12**



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

de la bonificación por servicios prestados, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad.

Por consiguiente, se confirmará la sentencia que declaró la nulidad de los actos acusados, por cuanto en éstos se niega la reliquidación de la pensión del demandante con la incorporación de dichas partidas a las que en efecto tiene derecho.

9.1. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones

Atendiendo el criterio sentando o trazado por éste Tribunal en torno a esta asunto, la Administradora Colombiana de Pensiones - 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 Simón Aguilar, 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 -entonces empleado-, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

9.2. Prescripción

Al respecto, debe decir la Sala que en el presente asunto no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que el pago de la pensión se hizo efectivo a partir del 1º de mayo de 2014, la solicitud de reliquidación de la mesada se incoó el 05 de julio de 2016 y la demanda se radicó el 14 de octubre de 2016; es decir, sin que transcurriera el término prescriptivo de los 3 años.

10. COSTAS

Teniendo en cuenta que no se evidenció actuación alguna por la parte actora en ésta segunda instancia y que tampoco obra prueba que demuestre que se causaron costas en esta etapa procesal, la Sala se abstendrá de condenar en costas de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.



Demandante: Simón Aguilar
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Expediente: 15759-3333-002-2016-00143-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

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: CONFÍRMESE la sentencia del 21 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sogamoso, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
CIRCULAR POR ESTADO

La copia anterior se notifica por estado

El 21 de hoy 01 FEB 2018

EL SECRETARIO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

EJECUTANTE:	ANGEL TITO PULIDO RUIZ
EJECUTADO:	MUNICIPIO DE BUENAVISTA
RADICACIÓN:	150013333007201500216-01
REFERENCIA:	EJECUTIVO

Visto el informe secretarial que antecede y una vez revisado el expediente, advierte el Despacho que se encuentra ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de excepciones y no existen pruebas por decretar.

Así las cosas, conforme al trámite procesal establecido en el artículo 327 del CGP, se fijará fecha para adelantar la audiencia de sustentación y fallo para el día **MARTES SEIS (6) DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018) A LAS DOS Y TREINTA DE LA TARDE (2:30 PM).**

Por lo anteriormente expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: FIJAR el día **MARTES SEIS (6) DE MARZO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018) A LAS DOS Y TREINTA DE LA TARDE (2:30 PM)** a fin de celebrar la audiencia de sustentación y fallo de que trata el artículo 327 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: CITAR al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOYACÁ

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE
NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO

Nº 21 DE HOY 11/05/2019
A LAS 8:00 A.M.

SECRETARIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

ACCIONANTE:	YESID FIGUEROA GARCÍA
ACCIONADOS:	MUNICIPIO DE TUNJA Y OTROS
REFERENCIA:	150013333007 201700011 -01
MEDIO DE CONTROL :	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

Se decide sobre la admisión de los recursos de apelación interpuestos por YESID FIGUEROA GARCÍA y el MUNICIPIO DE TUNJA contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja el 7 de diciembre de 2017 (ff. 271-283).

Al respecto, el inciso 1º del artículo 37 de la Ley 472 de 1998 prevé:

*"(...) ARTICULO 37. RECURSO DE APELACIÓN. El recurso de apelación **procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil**, y deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

En este sentido, dado que la anterior es una norma especial que regula el trámite de la apelación en la acción popular y teniendo en cuenta que el CPC fue derogado por el CGP, es dable atender las previsiones que en lo pertinente consagra la normatividad actual:

"(...) ARTÍCULO 322. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

1. El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el curso de una audiencia o diligencia, deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada. El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos.

La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.

(...)

Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, **deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.**

Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Bajo este entendido, la sentencia de primera instancia fue notificada en los términos del artículo 203 del CPACA el 11 de diciembre de 2017 (f. 284), por lo que la oportunidad para interponer y sustentar el recurso de alzada vencía el 14 de diciembre de la misma anualidad. Verificado el plenario, se observa que la apelación elevada por el señor YESID FIGUEROA GARCÍA fue interpuesta y sustentada el último día del plazo (ff. 286-290), esto es, oportunamente; no obstante, el MUNICIPIO DE TUNJA radicó el escrito del recurso el 18 de diciembre de 2017 (ff. 291-292), lo que significa que fue extemporáneo. Por lo anterior, la primera de las apelaciones se admitirá, empero, la segunda será declarada inadmisible.

En consecuencia, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por el señor YESID FIGUEROA GARCÍA contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja el 7 de diciembre de 2017.

SEGUNDO: INADMITIR por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por el MUNICIPIO DE TUNJA.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente este auto al Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, de conformidad con el numeral 3º del artículo 198 del CPACA.

CUARTO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia las partes podrán pedir pruebas, las cuales solo se decretarán en los casos previstos en el artículo 327 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMBLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
BOYACÁ

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE
NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO

Nº 02 DE HOY 2017
A LAS 8:00 A.M.

SECRETARÍA COM



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 8 FEB. 2018

DEMANDANTE:	ROMÁN GERARDO VANEGAS AMÉZQUITA
DEMANDADO:	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
REFERENCIA:	150013333008-2016-00075-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Revisado el expediente, se hace innecesaria la celebración de la audiencia de que trata el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 623 del C.G.P., por lo que se prescindirá de la misma. En consecuencia, se dispone correr traslado a las partes para que si lo consideran necesario, aleguen de conclusión.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: PRESCINDIR de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión, en los términos previstos en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A. Vencido dicho término, se dará traslado al Ministerio Público para que emita concepto si lo considera.

TERCERO: Cumplido lo anterior, regrese el expediente al Despacho para proveer de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO	
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO	
Nº 21	De Hoy 8 FEB 2018 A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA	



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

DEMANDANTE:	G Y G CONSTRUCTORES
DEMANDADO:	ESAP Y DAFP
REFERENCIA:	150013333010201600137-01
MEDIO DE CONTROL:	CONTRACTUAL

Revisado el expediente, se evidencia que se hace innecesaria la celebración de la Audiencia de que trata el numeral 4° del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 623 del CGP, por lo que se prescindirá de la misma. En consecuencia, se dispone correr traslado a las partes para que, si a bien lo consideran, aleguen de conclusión.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: PRESCINDIR de la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión, conforme a lo previsto en el inciso 4° del artículo 247 del CPACA. Vencida dicha oportunidad se dará traslado al Ministerio Público por el mismo término para que emita concepto, si lo considera.

TERCERO: Cumplido lo anterior, regrese el expediente al Despacho para proveer de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ	
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO	
Nº 21	DE HOY 21 FEB 2018 A LAS 8:00 A.M.
SECRETARIA	



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

DEMANDANTE:	RODRIGO RAFAEL MEJÍA MONTALVO
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
REFERENCIA:	150013333014-2015-00116-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Revisado el expediente, se hace innecesaria la celebración de la audiencia de que trata el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 623 del C.G.P., por lo que se prescindirá de la misma. En consecuencia, se dispone correr traslado a las partes para que si lo consideran necesario, aleguen de conclusión.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: PRESCINDIR de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

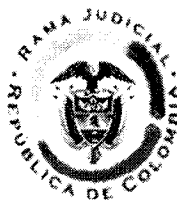
SEGUNDO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión, en los términos previstos en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A. Vencido dicho término, se dará traslado al Ministerio Público para que emita concepto si lo considera.

TERCERO: Cumplido lo anterior, regrese el expediente al Despacho para proveer de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO	
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO	
Nº 21	De Hoy 08 FEB 2018
A LAS 8:00 a.m.	
SECRETARIA	



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

DEMANDANTE:	ORLANDO CAMARGO ALFONSO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
REFERENCIA:	150013333014-2016-00096-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Revisado el expediente, se hace innecesaria la celebración de la audiencia de que trata el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 623 del C.G.P., por lo que se prescindirá de la misma. En consecuencia, se dispone correr traslado a las partes para que si lo consideran necesario, aleguen de conclusión.

Por lo expuesto, se

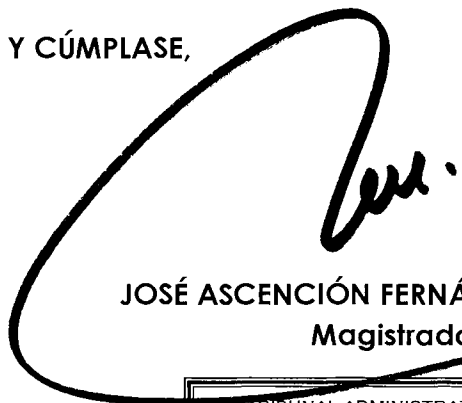
RESUELVE:

PRIMERO: PRESCINDIR de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CORRER traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión, en los términos previstos en el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A. Vencido dicho término, se dará traslado al Ministerio Público para que emita concepto si lo considera.

TERCERO: Cumplido lo anterior, regrese el expediente al Despacho para proveer de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO.
Nº 21 De Hoy 08 FEB 2018 A LAS 8:00 a.m.
SECRETARIA



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

Tunja, 07 FEB 2018

Demandante	Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado	Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional
Expediente	15001-33-33-015-2015-00026-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Apelación de sentencia -confirma

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante (Fls 353 a 357), en contra de la sentencia del 26 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (Fls 318 a 347).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (Fls 3 a 21).

El señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 5495 del 01 de julio de 2015, por la cual se dispuso retirar del servicio activo de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación-Ministerio De Defensa Nacional-Policía Nacional, el reintegro al cargo que venía desempeñando como Mayor u otro de superior jerarquía institucional y en consecuencia se disponga reconocer y pagar los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento de retiro del cargo y hasta cuando sea incorporado nuevamente al servicio.

De igual forma solicita se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar a título de perjuicios morales la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes derivados del retiro del servicio ordenado mediante el acto administrativo demandado.

1.1 Hechos



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

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

Manifestó el demandante que laboró desde el 23 de enero de 1995 en la Policía Nacional como oficial de la misma, desempeñándose finalmente como Mayor de la Policía Nacional.

Afirmó que durante el tiempo que estuvo como Oficial de la Policía Nacional, prestó sus servicios de conformidad con la constitución y la ley, es decir, el respeto por sus superiores y cumplimiento con las obligaciones asignadas por la institución.

Adujo que en su desempeño laboral el señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié, realizó operativos con excelentes resultados en la lucha contra la delincuencia común, siendo felicitado y condecorado con la medalla Servicios Distinguidos Primera vez, mediante Resolución 108 de 9 de octubre de 1999, otorgada por la Dirección General de la Policía Nacional; igualmente se le otorgó la condecoración por parte de la Alcaldía Mayor de Bogotá, según Resolución del 13 de noviembre de 1999, por la Alcaldía Local de Puente Aranda le otorgó la condecoración Orden al Mérito mediante Resolución 140 de 13 de noviembre de 1999 y como estímulo fue enviado en comisión de estudios a la Universidad Autónoma de Barcelona-España, donde adelantó el Diplomado de Máster en Estudios Policiales, luego adelantado curso de ascenso para el grado de teniente.

Manifestó que fungió como oficial de la mencionada institución, realizando múltiples capturas a cabecillas de importantes grupos al margen de la Ley como las FARC y el ELN entre otras, actuando con diligencia, prudencia y compromiso con sus superiores en las tareas, como resultado de ello fue condecorado en Clase Especial Tercera Vez, según Resolución 04281 de 5 de noviembre de 2013.

Aseguró que el demandante ha tenido una hoja de vida intachable y no ha sido declarado responsable en ningún proceso disciplinario por parte de la Policía Nacional.

El demandante señala que mediante comunicación N° S-2014-211230-ADEHU- GUPOL- 1.10 de 7 de julio de 2014, se le puso en conocimiento que una vez agotado el procedimiento de evaluación de trayectoria profesional previsto en el artículo 22 del Decreto Ley 1791 de 2000, las respectivas juntas acordaron por unanimidad no recomendar su selección, ante la Junta de Generales de la Policía Nacional para que realice el concurso previo al curso de capacitación para ascenso ACADEMIA SUPERIOR DE POLICÍA año 2015.

Indicó que la Junta de Generales de la Policía Nacional, en sesión celebrada el 11 de junio de 2014, por unanimidad decidió no seleccionar su nombre



399

Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

para que presente el concurso previo al concurso de capacitación para ascenso Academia Superior de Policía en el año 2015.

El demandante adujo que frente a la anterior decisión solicitó la revocatoria directa ante la entidad demandada, petición que resuelta desfavorablemente.

Afirmó que el día 31 de marzo de 2015, la Sala de Juntas del Ministerio de Defensa Nacional, se reunió con el objeto de tratar, evaluar y revisar el retiro por llamamiento a calificar servicios del Mayor Elkin Alcides Beltrán Hincapié, decidiendo por unanimidad *“que se considera viable recomendar el retiro por llamamiento a calificar servicios”*.

Señaló que mediante Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015, notificada personalmente el 13 de julio de 2015, se le informó al Señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié, que fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional *“Por Llamamiento a Calificar Servicios”*, de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 2 numeral 4 y 33 de la Ley 857 de 2003, a partir de la fecha de comunicación del presente acto y como consecuencia de lo anterior le fue concedida asignación de retiro.

1.2. Normas violadas

Artículos 13, 29 y 53 de la Constitución Política; Decreto 1791 de 2000; Ley 857 de 2003; Ley 923 de 2004; Decreto 1157 de 2014 y Decreto 1338 de 2015.

Manifestó que con la expedición y notificación de la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015, al Mayor Beltrán Hincapié, se le vulneró la estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, las oportunidades y la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación o interpretación de las fuentes formales de derecho (aplicabilidad de la Sentencia SU-172 de 16 de abril de 2015 de la Corte Constitucional como fuente del derecho), toda vez que de forma injustificada deciden terminar con su carrera policial.

Argumentó que la Policía Nacional tiene un cierto grado de discrecionalidad, en el marco de la Ley 857 de 2003, y que dicha figura fue estudiada por la H. Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-172 de 16 de abril de 2015, quien sostuvo que para esos casos, se puede convertir en un alto grado de arbitrariedad a la hora de tomar dicha decisión, por lo que considera que el acto demandando está viciado de un alto grado de arbitrariedad, pues no se tuvo en cuenta la hoja de vida del oficial y sus actividades como capturas a diferentes grupos al margen de la ley, que dejó muy bien posesionado al Gobierno Nacional.



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Señala que la decisión subjetiva de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, fue adoptada contrariando los principios constitucionales del demandante, pues es suficiente verificar los más de 20 años de servicio y la hoja de vida de éste, para determinar que fue arbitraria la decisión que llevó al retiro del servicio activo del señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié.

Para finalizar señaló que la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015, debe ser declarada nula como quiera que fue expedida mediante **falsa motivación, desviación del poder y desconocimiento jurisprudencial de la Corte Constitucional, sentencia SU- 172 de 16 de abril de 2015**, así mismo por vulnerar y desconocer derechos y garantías constitucionales y legales.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término procesal correspondiente, la apoderada de la entidad demandada, presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual expuso lo siguiente (Fls. 173 a 196):

Precisó que el llamamiento a calificar servicios, obedece a una medida natural de renovación del mando esencial en una estructura piramidal y jerarquizado como lo es la Policía Nacional, cuya característica principal del retiro, no exige motivación porque los requisitos están dados por la misma ley y el ascenso automático de todos los oficiales y superiores se hace inevitable desde el punto de vista presupuestal, estructural y funcional.

Señaló que el llamamiento a calificar servicios en términos prácticos consagra a favor del personal retirado entre otras el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con la cual lo se pretende es garantizar a los uniformados un ingreso mensual que no constituye sanción sino una forma de dinamizar la pirámide institucional.

Indicó que el retiro del demandante, por la causal de llamamiento a calificar servicios, estuvo sujeta única y exclusivamente al cumplimiento del tiempo de servicios y al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, que aprobó y recomendó su retiro del servicio activo, cumpliendo de esta manera los presupuestos exigidos por la Ley.

Manifestó que el Señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié, fue llamado a calificar servicios mediante la Resolución N° 5495 del 01 de julio de 2015, atendiendo las facultades del artículo 1° de la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003 y del decreto Ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones, además por cumplir con los requisitos para hacerse acreedor de un asignación de retiro



400

Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

por contar con 19 años, 04 meses y 27 días, conforme a lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1157 del 24 de junio de 2014.

De igual manera, hace un análisis sobre el cambio de posición jurisprudencial y señala que las sentencias de unificación no quedan limitadas a la fijación de precedentes verticales para los jueces y tribunales, sino que se proyectan al ámbito de la actividad de la administración obligada por virtud del principio de legalidad a tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en las que se ha fijado un alcance de las normas aplicables al caso en concreto, reseñando pronunciamiento del Consejo de Estado sobre la materia.

Concluyó señalando que el retiro por la causal del llamamiento a calificar servicios, solo requiere el cumplimiento del tiempo mínimo de servicios en la Policía y la previa recomendación de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, sin que se imponga a la institución, la obligación de motivar dicho retiro en causales disciplinarias, penales o de mal comportamiento.

En cuanto al reconocimiento de emolumentos pretendidos, refiere que en el caso de predicarse el reintegro a favor del Señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié, se deberá limitar hasta la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional como lo estableció la sentencia del Consejo de Estado del 14 de mayo de 2015, concordante con la SU-556 de 2014; adicionalmente no existe mérito en el reconocimiento de perjuicios morales, pues se requiere de una demostración real y efectiva de la afectación alegada lo cual no ocurre en el presente asunto.

3. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia de 26 de octubre de 2016, resolvió negar las pretensiones de la demanda, para lo cual argumentó lo siguiente (Fls 318 a 347):

Luego de hacer referencia al marco legal y jurisprudencial que regula el retiro de los miembros de la Fuerza Pública por el llamamiento a calificar servicios, así como las pruebas obrantes en el proceso, señaló que en trámite administrativo en relación con el estudio para el llamamiento a calificar servicios del señor Mayor ® Elkin Alcides Beltrán se llevó a cabo conforme a los principios de debido proceso y legalidad, además de que el demandante contaba con el requisito de tiempo mínimo para ser acreedor de la asignación de retiro, la cual fue efectivamente reconocida.

Adujo que en aplicación de la sentencia SU-091 de 2016, precedente jurisprudencial aplicable al presente caso, resulta improcedente el cargo



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

formulado en la demanda en relación con la desviación de poder y el desconocimiento de la sentencia SU-172 de 2016 de la Corte Constitucional, toda vez que ésta última sentencia se refiere únicamente a la potestad de la facultad discrecional por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía, más no así a la causal de retiro denominada llamamiento a calificar servicios.

Señaló que el acto de retiro bajo la causal del llamamiento a calificar servicios, se funda en la estructura piramidal y jerarquizada de la Policía Nacional, de tal forma que la intención del nominador se presume inmersa en el acto administrativo aunque no exprese la razón que da lugar al retiro, de tal forma que no se exige motivación excepto por el concepto del Comité de Evaluación y el tiempo mínimo de servicios.

Adujo que si bien de acuerdo con la hoja de vida del demandante, allí se destacan condecoraciones, felicitaciones, menciones honoríficas y medallas entre otros, lo cual acredita el buen desempeño laboral, lo cierto es que tal situación no genera una situación excepcional que limite por sí solo, la facultad discrecional de la Policía Nacional.

Precisó la *a quo* que el buen desempeño de un empleado es una obligación legal y constitucional de tal suerte que ello no impide el uso de las diferentes causales de retiro legalmente establecidas y eventualmente este indicio de buen servicio, con otros elementos de prueba y con la adecuada carga probatoria de la parte interesada puede llevar a la convicción y certeza de considerar la nulidad del acto por desviación de poder.

Adujo que de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional SU-091 de 2016, el retiro del servicio de los miembros de la Fuerza Pública por llamamiento a calificar servicios contenida en la Ley 857 de 2003, sólo prevé como requisitos demostrar que se cuenta con el tiempo de servicio para ser acreedor de la asignación de retiro y un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, los cuales se encuentran acreditados en el presente caso.

4. RECURSO DE APELACION

Encontrándose dentro del término para ello, el apoderado del señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié, presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por el *a quo* solicitando se revoque la decisión y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda para lo cual argumentó lo siguiente (Fls 253 a 257):

Señaló que la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015 por medio de la cual se dispuso el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios no



401

Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

es razonable, toda vez que sin ninguna causa, razón o circunstancia el demandante no pudo continuar con su carrera a pesar de haberse probado con su hoja de vida el buen desempeño dentro de la Institución.

Indicó que la motivación del acto administrativo demandado no tiene un sustento razonable, ni mucho menos buscar un mejor servicio, pues demostrado está, que dicho Oficial tiene todas las calidades tanto humanas como profesionales para seguir adelante con su carrera, en tanto con su hoja de vida y su desempeño laboral se evidencia la moralidad, eficiencia y disciplina del demandante, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o la remoción del personal.

Manifiesta que no está de acuerdo con lo consignado por la juez, debido a que si bien el retiro por llamamiento a calificar servicios es un mandato de orden legal atribuible a la institución, también lo es que dicha decisión lleva consigo un alto grado de discrecionalidad que puede afectar directamente los derechos fundamentales del demandante entonces cuando se trae a colación la sentencia SU- 172 de 2015, se hizo con el objeto de que el *a quo* fuera más allá de lo estipulado en la ley 857 de 2003, es decir, la discrecionalidad entendida como la motivación de los actos administrativos encaminados a satisfacer los derechos individuales y colectivos.

Adujo que como se trata de un retiro por llamamiento a calificar servicios, en la que se deben tener en cuenta criterios de tiempo, modo y lugar para la toma de dicha decisión; criterios que a juicio del demandante no fueron valorados en debida forma por la juez de instancia.

Señaló que la decisión adoptada por la Junta de Calificación de la entidad demandada carece de razonabilidad y proporcionalidad, evidenciándose una clara discriminación al demandante en tanto no existe razón suficiente para impedir que éste continuara en la carrera policial.

Finalmente señaló que la juez de primera instancia no valoró en debida forma la existencia de discriminación en contra del señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié al momento de la expedición del acto administrativo acusado, toda vez que no existen razones de juicio que lleven a pensar que éste oficial no debía seguir en la institución policial ello por cuanto algunos compañeros que tenían la misma hija de vida, fueron tenidos en cuenta para el ascenso.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Parte demandante (Fls 375 a 386)

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente el apoderado de la parte demandante, presentó escrito de alegatos de conclusión, en los que reiteró los fundamentos de derecho expuestos en el escrito de la demanda,



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

solicitando la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015, insistiendo en la aplicación de la sentencia SU-172 de 2015 proferida por la Corte Constitucional.

5.2. Parte Demandada (Fls 387 a 395)

La apoderada de la entidad demandada dentro del término procesal correspondiente, presentó alegatos de conclusión en los cuales ratificó los fundamentos de hecho y de derecho presentados en la contestación de la demanda, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

5.3 Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el recurso interpuesto por el apoderado de la parte demandante, corresponde a la Sala verificar si la Resolución No. 5495 del 01 de julio de 2015, por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional en aplicación de la Ley 857 de 2003, llamó a calificar servicios al Mayor Elkin Alcides Beltrán Hincapié previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, fue expedido conforme a derecho, en particular el precedente jurisprudencial fijado tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado en tratándose de ésta causal de retiro del servicio.

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por la *a quo*

Su decisión se encaminó a negar las pretensiones de la demanda por cuanto consideró que la decisión contenida en la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015 no se encuentra en ninguna causal de nulidad, ya que no se acreditó que hubiere sido proferida con falsa motivación, desviación de poder y desconocimiento jurisprudencial de la Corte Constitucional, específicamente el contenido en la sentencia SU-172 de 2015.

En efecto señaló que el precedente jurisprudencial aplicable en razón al retiro por causal del llamamiento a calificar servicios se encuentra establecido en la sentencia SU-091 de 2016 y en la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, conforme a lo cual la entidad demandada cumplió con



402

Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

los dos requisitos mínimos exigidos, esto es, el concepto previo de la Junta Asesora y el tiempo mínimo para ser beneficiario a la asignación de retiro, los cuales se encuentran cumplidos en el presente asunto, razón por la cual negó las pretensiones de la demanda.

b) Tesis argumentativa propuesta por la apelante

Su inconformidad radica en que la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015, por medio de la cual se dispuso el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios no es razonable ni objetiva ni busca un mejor servicio, toda vez que según su dicho, está demostrado que el demandante tiene todas las calidades tanto humanas como profesionales para seguir adelante con su carrera, en tanto en su hoja de vida y su desempeño laboral se evidencia la moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o la remoción del personal.

Señaló que en el presente caso se debe dar aplicación a la sentencia SU-172 de 2015, debido a que, si bien el retiro por llamamiento a calificar servicios es un mandato de orden legal atribuible a la institución, también lo es que dicha decisión lleva consigo un alto grado de discrecionalidad que puede afectar directamente los derechos fundamentales del demandante.

Finalmente indicó que la juez de primera instancia no valoró en debida forma la existencia de discriminación en contra del señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié al momento de la expedición del acto administrativo acusado, toda vez que no existen razones de juicio que lleven a pensar que éste oficial no debía seguir en la Institución Policial.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia por considerar que la tesis contenida en la sentencia SU-172 de 2015 en cuanto a la necesidad de un mínimo de motivación del acto administrativo que retira del servicio al personal uniformado de la Policía Nacional, resulta aplicable en tanto se esté en presencia de la causal denominada “*Por voluntad del gobierno*”, más no así frente al llamamiento a calificar servicios tal como ocurre en el presente caso.

Se ha de indicar que la normatividad y jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, habilitan al gobierno para expedir actos administrativos de retiro invocando la causal de llamamiento a calificar servicios respecto al personal oficial de la Policía Nacional, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro y que exista recomendación de la Junta Asesora en ese sentido.



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Dichos actos administrativos se presumen que se encuentran dirigidos a materializar la finalidad para la cual fue creado el llamamiento a calificar servicios, que no es otro que, permitir el ascenso y la promoción de otros uniformados y garantizar la estructura jerarquizada y piramidal de la Institución; sin embargo, al ser una presunción legal, corresponderá al afectado demostrar que los mismos fueron producto de una acción discriminatoria o fraudulenta.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: el *i*) De las pruebas allegadas al proceso, *ii*) Del retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios en la Policía Nacional, *iii*) Caso concreto.

2. DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

Al plenario fueron allegados los siguientes elementos de prueba útiles a efectos de resolver los problemas jurídicos planteados:

- Copia de la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015, por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional, decide retirar del servicio activo de la Policía Nacional “*Por llamamiento a calificar servicios*” al señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié en aplicación de la Ley 857 de 2003 (Fls 24 a 31).
- Se allegó copia del Acta No. 006-APROP-GRURE-3-22 de fecha 31 de marzo de 2015, por medio de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, de manera unánime decide recomendar el retiro por llamamiento a calificar servicios del señor Mayor Elkin Alcides Beltrán Hincapié (Fls 32 a 42).
- Copia de los formularios de evaluación del desempeño realizados por el área de Desarrollo Humano de la Policía Nacional al señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié, en donde se destaca el cumplimiento eficiente de sus funciones (Fls 47 a 54).
- Mediante oficio suscrito por el señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié radicado con fecha 02 de octubre de 2014, presentó solicitud de reconsideración respecto a la decisión de la Junta Asesora de la Policía Nacional de no recomendar su nombre para realizar el curso para el asenso a Teniente Coronel; en dicha comunicación el aquí demandante manifestó lo siguiente (Fls 72, 73):

“(...) Solicito a mi General que al momento de revisar los argumentos aquí expuestos, se tome en cuenta mi perfil profesional y personal, dejando de lado cualquier componente o variable externa que no es coherente con mi



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

impecable folio de vida que sin lugar a dudas no tiene ninguna tacha y por lo mismo es el reflejo del buen Oficial de Policía que soy (...).

- Fue allegada copia del Oficio No. 049861 de 25 de septiembre de 2014, por medio del cual el Director de Talento Humano de la Policía Nacional, da respuesta negativa a la petición presentada por el aquí demandante, de revocar el Acta No. 020/2014 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional (FI 55).
- Copia del Acta 027 de 04 de septiembre de 2014, por medio de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional resuelve de manera desfavorable la petición de revocatoria directa del Acta No. 020 de 12 de junio de 2014 (FIs 56 a 59).
- Copia de la comunicación suscrita por el Director de Talento Humano de la Policía Nacional de fecha 07 de julio de 2014, por medio de la cual se le comunica al señor Mayor Elkin Alcides Beltrán Hincapié la decisión adoptada por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional a través del acta de 020 de 2014 de no recomendar su nombre al Gobierno Nacional para realizar el curso previo para ascenso (FI 71).
- Copia de la hoja de vida del señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié (FIs 99 a 107).
- Se allegó copia de la Resolución No. 6923 de 30 de septiembre de 2015, por medio de la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció y ordenó el pago de la asignación de retiro en cuantía del 70% al señor Mayor ® Elkin Alcides Bertrán Hincapié, efectiva a partir del 13 de octubre de 2015 (FI 120).
- Copia de la Hoja de Servicios del señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié (FI 212).

3. DEL RETIRO DEL SERVICIO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS EN LA POLICÍA NACIONAL

En primer lugar ha de indicarse que la Ley 857 de 2003, *“Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones”*, define el retiro del personal de la Policía Nacional, como una situación por la cual un miembro activo de la Institución, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio; en efecto el artículo primero de la norma en comento dispone lo siguiente:



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

“Artículo 10. Retiro. El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.

El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.

El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional.

El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte”. (Destacado por la Sala)

De acuerdo con la norma en cita, la forma en que debe efectuarse el retiro de los miembros de la Policía Nacional varía según se trate de Oficiales o de Suboficiales, así:

i) En cuanto al cuerpo de oficiales, su retiro debe hacerse a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional, competencia que podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel y además debe contarse con el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

ii) Para el caso de los suboficiales únicamente se exige que el retiro sea efectuado mediante Resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional, sin que se requiera del concepto previo de la Junta Asesora.

Ahora bien, en cuanto a las causales específicas para el retiro del servicio, el artículo segundo ibídem, aplicables tanto a oficiales como a suboficiales, dispone lo siguiente:

“Artículo 20. Causales de Retiro. Además de las causales contempladas en el Decreto-ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:

4. Por llamamiento a calificar servicios.

5. Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales.

6. Por incapacidad académica”.



404

Demandante: Elkin Alcides Baltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

En lo que tiene que ver de manera particular con la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios, que fue la invocada en el acto administrativo aquí demandado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, “se trata de un retiro temporal con pase a la reserva”, causal que solo puede ser aplicada cuando el oficial o suboficial cumpla con los requisitos exigidos por la Ley para ser beneficiario de la asignación de retiro; precisamente el artículo 3 de la Ley 857 de 2003, dispone lo siguiente:

“Artículo 3o. Retiro por llamamiento a calificar servicios. El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro”. (Destacado por la Sala)

De lo visto hasta éste punto, para el retiro del personal de oficiales de la Policía Nacional, por la causal de llamamiento a calificar servicios (caso del aquí demandante) se hace necesario que *i)* exista un el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional y *ii)* que el uniformado cumpla con los requisitos exigidos por la Ley para ser beneficiario de la asignación de retiro.

Ahora bien, desde el punto de vista jurisprudencial, el retiro del servicio del personal uniformado de la Policía Nacional por llamamiento a calificar servicios como una forma normal de retiro del servicio activo, cuando se cumple con las condiciones a que se ha hecho referencia previamente, ha tenido un amplio desarrollo tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado.

En tal sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-72 de 1996, respecto a la referida causal de retiro del servicio, indicó lo siguiente:

*“(...) “calificar servicios”, acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdorosa, sino **valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros**, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución.*

Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio (...)". (Destacado por la Sala)

A su turno, el Consejo de Estado, en lo que tiene que ver con el llamamiento a calificar servicios como causal de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la ha entendido como una figura jurídica con la que cuenta el Estado como facultad discrecional, que le permite a la autoridad administrativa, retirar del servicio activo a uno de sus miembros por motivos del servicio.

En efecto, de acuerdo con la Alta Corporación, el llamamiento a calificar servicios, atiende al concepto de evolución institucional, que permite el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, conduciendo al cese de las funciones de un agente en servicio activo; en sentencia de 17 de noviembre de 2011, la Sección Segunda, indicó sobre el particular lo siguiente:

"(...) Tratándose del llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

*En punto del tema del llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución [...]. **En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos. (...)**¹". (Destacado por la Sala)*

De igual forma el Consejo de Estado² ha precisado que el ejercicio del llamamiento a calificar servicios, no configura una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución; en efecto, el llamamiento a calificar servicios no puede constituir una sanción porque existe en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de noviembre de 2011, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, rad.: 0779-11.

² CONSEJO DE ESTADO, sección segunda, Subsección A, M.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 18 de mayo de 2011, radicación: 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10).



405

Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la motivación del acto administrativo a través del cual se retira al personal oficial uniformado de la Policía Nacional, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado coinciden en la tesis según la cual, aquella viene dada por la ley, de tal manera que no es necesario que, en el acto, se expresen motivos adicionales.

Así, haciendo referencia en primer lugar a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre este punto en particular, la Sección Segunda ha considerado que:

*“(…) **El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio y quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre (…).***

Insiste la Sala, es incuestionable que el Gobierno Nacional está autorizado por la Ley para retirar (por llamamiento a calificar servicios) a los oficiales, después de haber cumplido quince (15) o más años de servicio, facultad que, como ya se hizo precisión, se presume ejercida en beneficio del buen servicio público”.³ (Destacado por la Sala)

Criterio que fue recientemente reiterado por la Alta Corporación en sentencia de 02 de marzo de 2017⁴, en la que indicó *“(…) En consecuencia, **según el criterio del Consejo de Estado no debe motivarse expresamente el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, ya que se presume expedido con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio (…)**”*. (Destacado por la Sala)

La posición del Consejo de Estado en cuanto a la figura llamamiento a calificar servicios como casual de retiro, puede concretarse con las conclusiones que, a manera de resumen, fueron planteadas en reciente sentencia de 15 de noviembre de 2017⁵, en sede de acción de tutela por la Sección Cuarta de la Alta Corporación, de la siguiente manera:

- ✓ Que el llamamiento a calificar servicios atiende a un concepto de evolución institucional, que permite el relevo en la línea jerárquica de los cuerpos armados.

³ Consejo de Estado Sección segunda, Subsección “A”, sentencia de 30 de octubre de 2014, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 11001-03-15-000-2013-01936-01, actor: Carlos Mauricio Portilla Sánchez.

⁴ Consejo de Estado Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 70001-23-33-000-2014-00035-01(0147-15)

⁵ Consejo de Estado Sección Cuarta. Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ. Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02334-00(AC).



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

- ✓ Que el ejercicio de esa facultad no puede limitarse por la hoja de vida y el buen desempeño del personal de la Policía Nacional, pues esas condiciones no otorgan fuero de estabilidad.
- ✓ Que el retiro por llamamiento a calificar servicios responde a una manera normal de culminar la carrera, que no puede asimilarse a una sanción ni a una medida que desconozca o limite derechos, pues el personal retirado pasa a la reserva con asignación de retiro⁶.
- ✓ Que el ejercicio de esa potestad discrecional no precisa de motivación, esto es, no es necesario que la autoridad nominadora manifieste los criterios y razonamientos que tuvo en cuenta para el retiro del servicio⁷. Que, por lo tanto, le corresponde al interesado desvirtuar la legalidad del acto de retiro⁸.

A su turno, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU- 091 de 2016, precisó los requisitos para el retiro por llamamiento a calificar servicios, particularmente en lo que se refiere a la motivación del acto de retiro:

*“(...) 3.10.4. Por todas las anteriores consideraciones, a partir de esta providencia se establece una precisión de la jurisprudencia, pues se mantiene el precedente en lo referente a la motivación del acto de retiro de un funcionario de la fuerza pública por la causal de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General y, **se desarrolla frente al retiro por llamamiento a calificar servicios, dejando claro que no existe la obligación de motivar expresamente estos actos de retiro, ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en ella**, puesto que es una terminación normal de la carrera que busca proteger la estructura jerárquica piramidal de la función institucional, manteniendo a pesar de ello la posibilidad de un control judicial posterior, para evitar que pueda ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder (...).”*
(Destacado por la Sala)

Ahora, si bien en la referida sentencia de unificación, la Corte Constitucional concluye que el retiro por llamamiento a calificar servicios procede en tanto e cumpla con los requisitos previstos en las normas antes vistas, esto es, tiempo de servicios para ser beneficiario de la asignación de retiro, así como la concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía

⁶ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B (2013, marzo 20) radicación número 050012331000200103004, demandante: Víctor Hugo Pinzón Rojas.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda (2009, mayo 21) radicación 8380-05; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B (2004, abril 1), radicación 68001-23-1500019971267301 (5985-02); Consejo de Estado, Sala Plena (2004, junio 15), radicación S-567.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda (2005, marzo 10) radicación 2500023250000143501 (6207-03).



206

Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Nacional, acto administrativo que además no requiere de una motivación adicional, en tanto se entiende que esta dada por la ley, lo cierto es que dicha decisión queda en todo caso sujeta a su eventual control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ya en sede judicial corresponderá al demandante la carga probatoria a efectos de demostrar que el acto de retiro se expidió sin el cumplimiento de los requisitos legales, o que incluso a pesar de cumplir con ellos, **el acto se expidió con fines discriminatorios o fraudulentos**; al respecto la referida sentencia SU- 091 de 2016, precisó lo siguiente:

*“(...) De manera que, con esta providencia la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia⁹ en el sentido de mantener la posibilidad de un control judicial, en esta oportunidad frente a **la figura del llamamiento a calificar servicios**, no solamente en el sentido de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución, sino también, para evitar que la misma sea utilizada de forma contraria a los preceptos constitucionales y a los derechos fundamentales de los agentes.*

*En ese sentido, **la precisión de esta sentencia va encaminada a establecer que, si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.***

*Para evitar estas prácticas, **quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios**, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y **tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos.** De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten (...). (Destacado por la Sala)*

La anterior posición fue reiterada mediante la sentencia SU-217 de 2017, providencia en la que, como conclusiones respecto al retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, la Corte Constitucional indicó las siguientes:

“i) El llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una

⁹ Cita original: Ver entre otras las sentencias T-723 de 2010, MP, Juan Carlos Henao Pérez; T- 317 de 2013, MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-265 de 2013, MP, Jorge Iván Palacio Palacio.



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional;

ii) El buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y

iii) Los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta”.

Como corolario de lo expuesto en precedencia, se ha de indicar que la normatividad y jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, habilitan al gobierno para expedir actos administrativos de retiro invocando la causal de llamamiento a calificar servicios respecto al personal oficial de la Policía Nacional, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro y que exista recomendación de la Junta Asesora en ese sentido.

Dichos actos administrativos se presumen que se encuentran dirigidos a materializar la finalidad para la cual fue creado el llamamiento a calificar servicios, que no es otro que, permitir el ascenso y la promoción de otros uniformados y garantizar la estructura jerarquizada y piramidal de la Institución; sin embargo, al ser una presunción legal, corresponderá al afectado demostrar que los mismos fueron producto de una acción discriminatoria o fraudulenta.

Lo visto en precedencia, corresponde entonces a las normas que regulan el retiro por ***llamamiento a calificar servicios***, acompasado con los parámetros que ha fijado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto de esa modalidad de retiro y que resultan aplicables al presente asunto.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto corresponde a la Sala verificar si la Resolución No. 5495 del 01 de julio de 2015, por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional en aplicación de la Ley 857 de 2003, llamó a calificar servicios al Mayor Elkin Alcides Beltrán Hincapié previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, fue expedido conforme a derecho, en particular si se siguió el precedente jurisprudencial fijado tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado en tratándose de ésta causal de retiro del servicio.



407

Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

En tal sentido, la Sala advierte que el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la parte demandante, se orienta de manera particular a señalar *i)* que en el presente asunto el precedente judicial aplicable es la sentencia SU-172 de 2015, *ii)* que la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015 no es razonable ni objetiva y *iii)* que en el presente caso existió una discriminación en contra del demandante que no fue valorada en primera instancia; aspectos estos a los que se hará referencia a continuación y que agotan el ámbito de competencia de ésta instancia.

4.1 Ámbito de aplicación de la sentencia SU-172 de 2015.

En primer lugar, como quiera que el apoderado de la parte demandante en el recurso de apelación insiste en la aplicación de la sentencia SU-172 de 2015, ha de indicar la Sala que tal precedente jurisprudencial no resulta aplicable, en tanto el asunto allí estudiado no es equiparable al aquí debatido.

En efecto en la referida sentencia se estudió el caso de un subteniente que fue retirado del servicio **por voluntad del gobierno**, causal que resulta ser diferente a la de llamamiento a calificar servicios; a propósito de la diferenciación entre éstas dos causales de retiro del servicio de personal uniformado de la Policía Nacional, la Corte Constitucional en la sentencia T-107 de 2016, indicó:

“(...) En síntesis, el retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006. El presupuesto que da razón a la aplicación de esta causal tal y como se mencionó es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro.

A diferencia de lo anterior, el retiro Discrecional en las Fuerzas Militares y el retiro por Voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional han sido instituidas con la finalidad de velar por el mejoramiento del servicio frente a casos de corrupción o graves situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, en aras de garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado, sin que se requiera que el uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiera el derecho a una asignación de retiro (...).”

En tal sentido, tal como igualmente lo ha indicado el Consejo de Estado “Aunque el retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del director de la Policía Nacional y el llamamiento a calificar servicios constituyen una separación del servicio activo, se resalta que **estas dos figuras administrativas tienen requisitos y finalidades diferentes**¹⁰”. (Destacado por la Sala)



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Ahora bien, la Corte Constitucional en la ya referida sentencia SU-091 de 2016, haciendo referencia a la SU-172 de 2015, reiteró que en efecto el estándar o deber mínimo de motivación del acto de retiro resulta necesario cuando se ejerce la facultad discrecional frente a los miembros de la fuerza pública, pero cuando se ha invocado la causal de retiro denominada “por voluntad del gobierno”, más no así en tratándose de la causal por llamamiento a calificar servicios; Allí indicó la Corte:

“(…) En cuanto la exigencia de ‘motivación’ frente a ambas figuras, en el caso del llamamiento a calificar servicios está contenida en el acto de forma extra textual, pues la misma está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro.

En lo concerniente al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General (...) dichos actos deben tener un estándar mínimo de motivación, toda vez que tal poder facultativo debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada”.
(Destacado por la Sala)

Como se advierte la tesis contenida en la sentencia SU-172 de 2015 en cuanto a la necesidad de un mínimo de motivación del acto administrativo que retira del servicio al personal uniformado de la Policía Nacional, resulta aplicable en tanto se esté en presencia de la causal denominada “Por voluntad del gobierno”, más no así frente al llamamiento a calificar servicios tal como ocurre en el presente caso, pues fue ésta última la causal invocada en el acto administrativo demandado, razón por la que, contrario a lo afirmado en la apelación, la referida sentencia SU-172, no resulta aplicable al presente asunto.

4.2 Confrontación de la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015 con la normatividad y jurisprudencia aplicable al presente asunto.

Precisado que, en efecto en el presente caso, no resulta dable dar aplicación a la sentencia SU-172 de 2015 por las razones ya expuestas, la Sala en consecuencia dará aplicación a los parámetros normativos y jurisprudenciales analizados en el acápite número de 3 de esta sentencia y bajo dichos supuestos se estudiarán los dos cargos restantes propuestos por la parte demandante en el recurso de apelación.

Para el efecto, y de acuerdo con los elementos de prueba que fueron reseñados en el acápite No. 2 de ésta providencia, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:



408

Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

- ✓ El señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié se vinculó como Cadete y Alferez a la Policía Nacional el 23 de enero de 1995, ingresando como oficial de la institución el 05 de noviembre de 1997 y hasta el 13 de octubre de 2015.
- ✓ El Ministerio de Defensa Nacional mediante la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015, dispuso retirar del servicio activo de la Policía Nacional al señor Mayor Elkin Alcides Beltrán Hincapié, acudiendo para el efecto a la causal prevista en el artículo 2 numeral 4 de la Ley 857 de 2003, esto es, *"llamamiento a calificar servicios"*.

Ahora bien, tal como quedó visto en precedencia, en tratándose del retiro por *"llamamiento a calificar servicios"*, causal invocada en el caso del demandante, tanto la Corte Constitucional en las sentencias SU-091 de 2016 y SU-217 de 2017, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado, coinciden en afirmar que en lo que tiene que ver con la motivación del acto administrativo a través del cual se retira al personal oficial uniformado de la Policía Nacional, aquella viene dada por la ley, de tal manera que no es necesario que, en el acto, se expresen motivos adicionales.

En tal sentido, la motivación dada por la ley del acto administrativo de retiro del servicio fundado en la causal del llamamiento a calificar servicios, se ve reflejada respecto al cuerpo de oficiales de la Policía Nacional en que se acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- i) Que el Oficial que no continua con la carrera de ascenso, tenga el tiempo necesario para acceder a la asignación de retiro y,
- ii) Que exista recomendación en tal sentido por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

Dichos requisitos de acuerdo a los elementos de prueba obrantes en el plenario, se encuentran plenamente satisfechos en el caso del señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié, por cuanto de una parte a través de la Resolución No. 6923 de 30 de septiembre de 2015, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció y ordenó el pago de la asignación de retiro en cuantía del 70% a su favor, efectiva a partir del 13 de octubre de 2015 (Fl. 120).

Y de otra, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, a través de Acta No. 006-APROP-GRURE-3-22 de fecha 31 de marzo de 2015, de manera unánime decidió recomendar el retiro por llamamiento a calificar servicios del señor Mayor Elkin Alcides Beltrán Hincapié (Fls 32 a 42).



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Sin embargo, y si bien el Ministerio de Defensa Nacional cumplió con los requisitos que desde el punto de vista formal garantizan la motivación del acto administrativo demandado, ha de verificarse si como lo alega la parte demandante, el acto administrativo demandado, se expidió *se expidió con fines discriminatorios o fraudulentos*.

Al respecto, ha de recordarse que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han indicado que los actos por medio de los cuales se retira del servicio a un Oficial de la Policía Nacional bajo la causal de “*llamamiento a calificar servicios*”, se presume que se encuentran dirigidos a materializar la finalidad para la cual fue creado el llamamiento a calificar servicios, que no es otro que, permitir el ascenso y la promoción de otros uniformados y garantizar la estructura jerarquizada y piramidal de la Institución; sin embargo, al ser una presunción legal, corresponderá al afectado demostrar que los mismos fueron producto de una acción discriminatoria o fraudulenta.

En este punto según el apoderado de la parte demandante, en el presente caso existió una discriminación en contra del señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié al momento de la expedición del acto administrativo acusado, por cuanto no existían razones de juicio que lleven a pensar que el demandante no debía seguir en la Institución Policial.

De igual forma el apoderado demandante señaló que la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015, por medio de la cual se dispuso el retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios, no es razonable ni objetiva ni busca un mejor servicio, toda vez que según su dicho, está demostrado que el demandante tiene todas las calidades tanto humanas como profesionales para seguir adelante con su carrera, en tanto en su hoja de vida y su desempeño laboral se evidencia la moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o la remoción del personal.

Al respecto, en primer lugar, en cuanto a las condiciones y calidades personales que aduce la parte demandante le darían el derecho a continuar en la carrera policial, ha de indicar la Sala que tal argumento no tiene vocación de prosperidad por cuanto la Corte Constitucional en la sentencia SU-217 de 2017, expresamente indicó que “***El buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro***”.

Tesis que igualmente ha sido sostenida por el Consejo de Estado, particularmente en la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2017¹¹, en la que luego de hacer referencia a diferentes providencias de la Alta

¹¹ Consejo de Estado Sección Cuarta. Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ. Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02334-00(AC).



409

Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

Corporación en tratándose del retiro del servicio del personal uniformado de la Policía Nacional fundado en la causal de *“llamamiento a calificar servicios”* concluyó que ***“el ejercicio de esa facultad no puede limitarse por la hoja de vida y el buen desempeño del personal de la Policía Nacional, pues esas condiciones no otorgan fuero de estabilidad”***.

En tal sentido, si bien el señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié, allegó copia de su hoja de vida en la que se evidencian las innumerables felicitaciones de que fue objeto y que denotan su buen desempeño laboral al servicio de la Policía Nacional, tal consideración por sí misma, no impide el ejercicio de la facultad de retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios.

Lo anterior teniendo en cuenta que el retiro por llamamiento a calificar servicios responde a una manera normal de culminar la carrera, que no puede asimilarse a una sanción ni a una medida que desconozca o limite derechos, pues el personal retirado pasa a la reserva con asignación de retiro¹².

Ahora bien, el apoderado de la parte demandante igualmente sostiene que en el retiro del servicio del señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié existió una discriminación en su contra, por cuanto, a su juicio, no existían razones de juicio que lleven a pensar que no debía seguir en la Institución Policial, contrario a algunos de sus compañeros a quienes si se les permitió realizar el curso de ascenso.

En éste punto, si bien tal como se ha indicado a lo largo de ésta providencia, no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación, evento en el cual corresponderá a la parte demandante la carga de la prueba a efectos de demostrar tal situación.

Aspecto éste último que se echa de menos en el presente asunto, toda vez que la parte demandante únicamente se limita a afirmar una presunta existencia de discriminación en contra del señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié con ocasión de su retiro del servicio, pese a lo cual no aporta ningún elemento de prueba (como era su deber), que acredite la existencia de tal discriminación, razón suficiente para negar la nulidad del acto administrativo demandado, en tanto se insiste, no se probó que el mismo se expidió con fines discriminatorios o fraudulentos.

En suma, conforme al análisis realizado en precedencia es dable concluir que la Resolución No. 5495 de 01 de julio de 2015 expedida por el Ministro

¹² Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B (2013, marzo 20) radicación número 050012331000200103004, demandante: Víctor Hugo Pinzón Rojas.



Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

de Defensa Nacional mediante la cual se resolvió retirar del servicio activo de la Policía Nacional al demandante por llamamiento a calificar servicios, fue expedida conforme a las normas que le son aplicables, en tanto:

- i) Se efectuó como producto de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional mediante Acta No. No. 006-APROP-GRURE-3-22 de fecha 31 de marzo de 2015,
- ii) Al demandante le fue reconocida una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales, y
- iii) En el presente caso la parte demandante no allegó los elementos de prueba que demostraran que el acto administrativo demandado fue expedido con fines discriminatorios o fraudulentos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala confirmará en su integridad la sentencia de 26 de octubre de 2016 proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral de Tunja, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demandada instaurada por el señor Elkin Alcides Beltrán Hincapié, en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

5. COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, se condenará a la parte demandante, por confirmarse la providencia apelada¹³, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la parte demandada ejerció actuaciones procesales en segunda instancia. En consecuencia, **se condenará a la parte vencida al pago de las mismas** en un porcentaje del 3% de las pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2013.

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

RESUELVE:

¹³C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:(...)

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)



910

Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2015-00026-01
Nulidad y Restablecimiento del derecho

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de de la sentencia del 26 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas en segunda instancia a la parte demandada; como agencias en derecho se fija el 3% de las pretensiones, de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



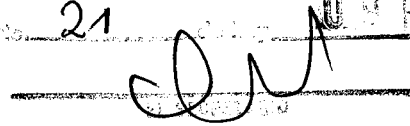
OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso
FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Demandante: Elkin Alcides Beltrán Hincapié
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional
Expediente: 15001-33-33-015-2016-00026-01
Nulidad y restablecimiento del derecho

JUZGADO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
BOYACÁ
El año 2016, el día 21 de febrero por el Jefe de Sala
No. 21
09 FEB 2016




REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 1

MAGISTRADO: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, - 8 FEB. 2018

DEMANDANTE:	JORGE HERNANDO SUAREZ VELOZA
DEMANDADO:	UGPP
REFERENCIA:	152383339751-2015-00096-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama (fls. 172-176).

Para resolver se considera.

1. Oportunidad

Al tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el recurso de apelación debe interponerse ante el Juez que dictó la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

La sentencia recurrida fue notificada en los términos del artículo 202 del CPACA en la misma diligencia (fls. 75 v.), y el recurso fue presentado y sustentado por la apoderada de la entidad accionada el **12 de septiembre de 2017** (fls. 183-186), por lo que se entiende oportuno.

2. Procedencia

El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé:

*"(...) Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia o por los Jueces administrativos:
(...)"*

Por su parte, el artículo 192 inciso 4° del CPACA, establece que:

"(...) Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de

resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso. (...)"

Se trata en este caso de un proceso conocido por el Juez Administrativo en primera instancia y la sentencia recurrida accedió a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, era necesaria la audiencia de conciliación al tenor de la preceptiva ya indicada.

En la audiencia mencionada, que se llevó a cabo el 5 de octubre de 2017, no existió acuerdo conciliatorio entre las partes, por lo que se declaró fallida y se concedió el recurso de alzada (fls. 192-193), razón por la cual es procedente su admisión.

Por lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama.

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente este auto al Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, de conformidad con el numeral 3° del artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Dentro del término de ejecutoria de la presente providencia las partes podrán pedir pruebas, las cuales sólo se decretarán en los casos previstos en el inciso 4° del artículo 212 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO
Nº <u>21</u> DE HOY <u>10 de octubre de 2017</u> A LAS 8:00 A.M.
SECRETARÍA 